

A woman in a red dress is walking away from the camera on a path that leads towards a large, ancient stone archway. The scene is set in a lush, green landscape with trees and foliage. The woman is carrying a bag and is looking back over her shoulder. The overall mood is contemplative and serene.

NOVOS DESAFIOS EM TORNO DA PROTEÇÃO DA VÍTIMA

UMA PERSPETIVA MULTIDISCIPLINAR

DH-CII – Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito da Universidade do Minho

2017

Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar

Centro Interdisciplinar em Direitos Humanos

Escola de Direito

Universidade do Minho

dezembro de 2017

FICHA TÉCNICA

Título

Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar

Coordenação Científica

Margarida Santos

Helena Grangeia

Organização e Edição

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos – DH-CII

Escola de Direito

Universidade do Minho

Campus de Gualtar

4710-057 Braga

+351253601841/+351253601810

ciidh@direito.uminho.pt

Parceiros na organização

Unidade de Investigação em Criminologia e Ciências do Comportamento - UICCC.ISMAI

Associação Portuguesa de Apoio à Vítima - APAV

Associação Projecto Criar – CRIAR

Associação Portuguesa de Mulheres Juristas - APMJ

Associação Plano i - API

Autores

Farene Fonseca

Fernando da Costa Gonçalves

Leonor Valente Monteiro

Magda Cerqueira

Margarida Santos

Maria Leonor Esteves

Marta Mendes

Nestor Santiago

Paulo Guerra

Local e Data

Braga, dezembro de 2017

ISBN

978-989-97492-9-0

NOTA PRÉVIA	- 5 -
-------------------	-------

A VÍTIMA – DA QUASE “INVISIBILIDADE” À OBTENÇÃO DE UM “ESTATUTO”. OU DO (INEVITÁVEL) CAMINHO PARA A HUMANIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICO-PENAL

Maria Leonor Esteves.....	- 9 -
---------------------------	-------

UM NOVO OLHAR JURÍDICO-PENAL EM TORNO DA VÍTIMA: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DAS IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL E DA DIRETIVA 2012/29/UE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 25 DE OUTUBRO DE 2012

Margarida Santos/Magda Cerqueira.....	- 25 -
---------------------------------------	--------

JUSTIÇA RESTAURATIVA, COMUNIDADE E VÍTIMA: CONGRUÊNCIAS E INCONGRUÊNCIAS

Nestor Santiago	- 55 -
-----------------------	--------

O ATENDIMENTO DA VÍTIMA, MEDIDAS CAUTELARES DE POLÍCIA, MEDIDAS DE PROTEÇÃO - OS NOVOS DESAFIOS EM TORNO DA PROTEÇÃO DA VÍTIMA, A PARTIR DE UMA PERSPETIVA MULTIDISCIPLINAR

Fernando da Costa Gonçalves.....	- 61 -
----------------------------------	--------

O LUGAR E O SENTIR DA CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSOS SEXUAIS – A VISÃO DO DIREITO

Paulo Guerra.....	- 81 -
-------------------	--------

A VIOLÊNCIA SEXUAL NAS RELAÇÕES DE INTIMIDADE

Leonor Valente Monteiro/Farene Fonseca - 101 -

TUTELA PENAL DO IDOSO: VERDADE OU UTOPIA?

Marta Mendes..... - 109 -

CONVENÇÃO DE ISTAMBUL, CRIMES SEXUAIS E CONSENTIMENTO: BREVES APONTAMENTOS

Margarida Santos - 117 -

NOTA PRÉVIA

O presente *ebook* é, a par de outros contributos que se associaram, sobretudo o resultado de uma Conferência Internacional intitulada “Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar”, organizada pelo Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII), em colaboração com a Unidade de Investigação em Criminologia e Ciências do Comportamento (UICCC.ISMAI), a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), a Associação Projecto Criar (CRIAR), a Associação Portuguesa de Mulheres Juristas (APMJ) e a Associação Plano i (API), realizada no dia 2 de junho de 2017, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

Esta iniciativa teve como objetivo trazer para a discussão as principais questões e desafios que se colocam hoje à proteção da vítima. Num primeiro momento analisaram-se questões mais gerais em torno da proteção da vítima e, num segundo momento, profissionais e associações que se têm destacado na defesa dos direitos e no apoio à vítima, refletiram sobre necessidades específicas, em função de determinado tipo de vítima.

Uma nota de profundo agradecimento é devida aos Autores dos textos que serviram de base a este encontro científico, que imediata e generosamente anuíram no seu envio. Uma outra nota é devida para esclarecer que foi mantido o estilo utilizado por cada um dos Autores, nomeadamente quanto à referência bibliográfica, ao formato mais coloquial, de comunicação oral ou de texto escrito e à (in)existência de notas de rodapé ou de lista de referências bibliográficas.

Espera-se que o resultado desta iniciativa possa contribuir para a reflexão em torno destas questões.

Braga, dezembro de 2017.

Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar⁽¹⁾

Autores

Maria Leonor Esteves

Professora na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Viseu

Margarida Santos

Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho

Magda Cerqueira

Juíza de Direito

Nestor Santiago

Professor na Universidade de Fortaleza e membro do Concelho Penitenciário do Ceará

Fernando da Costa Gonçalves

Professor no Instituto Universitário da Maia

Paulo Guerra

Juiz Desembargador e Diretor-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Leonor Valente Monteiro

Coordenadora Geral da Associação Projecto Criar

Farene Fonseca

Técnica de Medicina Legal e Ciências Forenses

Marta Mendes

Técnica de Apoio à Vítima na Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

dezembro de 2017

⁽¹⁾ Conferência realizada no dia 2 de junho de 2017 na Escola de Direito da Universidade do Minho

A VÍTIMA – DA QUASE “INVISIBILIDADE” À OBTENÇÃO DE UM “ESTATUTO”. OU DO (INEVITÁVEL) CAMINHO PARA A HUMANIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICO-PENAL

Maria Leonor Esteves*

Introdução

As vítimas sem rosto

Benjamin FERENCZ, procurador adjunto do Tribunal de Nuremberga e responsável pela Acusação no Caso *Einsatzgruppen*¹ - as Unidades Especiais Móveis da Morte que, no território do Leste ocupado pelo III Reich, procederam a metódicas e sistemáticas matanças de homens, mulheres e crianças - mas que havia, antes, integrado as equipas de investigação dos crimes praticados nos campos de concentração, dá-nos a conhecer na obra *Less than Slaves*², o percurso que trilhou, durante décadas, feito de desapontamento e frustração, visando obter uma Compensação para os judeus forçados a trabalhar durante a II Guerra, em condições ainda mais desoladoras e degradantes do que as impostas aos escravos, com um estatuto inferior a *meras unidades de produção*, trabalho de que foram beneficiárias conhecidas empresas alemãs Krupp, I. G. Farben, o potentado industrial no fabrico do carvão mineral e do aço propriedade de Flick, as empresas do sector eléctrico, AEG (General Electric), Telefunken e Siemens³.

Do tormentoso quotidiano dos judeus, ainda mais penível do que o reservado aos demais internados, fala-nos Primo LEVI que descreve vividamente a experiência de morte e de

* Professora na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Viseu

¹ United States v. Otto Ohlendorf et al., Case No 9, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law nº 10, Vol. VI, October 1946-April 1949, U.S. Government Printing Office, Washington DC.

² Less Than Slaves. Jewish Forced Labor and the Quest for Compensation, Foreword by Telford TAYLOR, with a new Introduction by the Author, Indiana University Press, 2002.

³ Ob. cit., em especial, pp. 34 e ss.

penosa sobrevivência em Monowitz-Auschwitz onde se fabricava a borracha sintética *buna* para a Farben, marcada pela permanente brutalidade dos guardas, pela fome insidiosa, pelas quotidianas humilhações - a nudez pública, as “selecções”, o despojamento de todo e qualquer elemento de humanidade - pela acumulação de cadáveres dos que desfaleciam, pelo cheiro que exalavam os fornos crematórios⁴. LEVI que deixa antever nas palavras e nos seus intervalos a incomensurável tragédia individual daqueles, poucos, que sobreviveram para dar público testemunho da história de uma experiência extrema de desumanidade mas que, tal como AMERY ou Paul CELAN, sucumbiram debaixo do insustentável peso da agonia inscrita na revisitação solitária, porque impossível de partilhar, da memória do horror⁵.

Só no mês de Julho de 2000 foi criada, na Alemanha, uma *Fundação para a Memória, Responsabilidade e o Futuro* dotada de uma verba proveniente, em parte da indústria alemã, destinada a compensar as vítimas do trabalho forçado, judeus e não judeus que venham a solicitar reparação⁶.

Quanto às aspirações atinentes à reparação dos crimes praticados pelos japoneses na Ásia, na primeira metade do século XX, que cabiam na designação de “crimes contra a humanidade” segundo a Carta que instaurou a jurisdição internacional militar do pós-guerra para o Extremo-Oriente⁷, foram praticamente ignoradas até há bem pouco tempo.

⁴ In, *Se Isto é um Homem*, tradução Simonetta Cabrita Neto, 12ª edição, Pub. Dom Quixote, 2014, em particular, pp. 21 e ss, 38, 62, 75-81, 93-98, 131-137, também, in, *Os que sucumbem e os que se salvam*, tradução de José Colaço Barreiros, Editorial Teorema, 2008, em particular, pp. 33 e ss, 113-126.

⁵ Jean AMERY, filósofo austríaco, enviado para Auschwitz após uma passagem pelos calabouços da Gestapo, suicida-se em 1978, LEVI escolhe, também, morrer em 1987, um ano após a publicação da obra *Os que sucumbem e os que se Salvam*.

⁶ B. FERENCZ, ob. cit., p. xiii.

⁷ Veja-se, a definição dos crimes contra a humanidade: Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan.”, in, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment, and Judgments*, Neil BOISTER/Robert CRYER, Ed., Oxford University Press, 2008

As vítimas, os civis filipinos massacrados, as mulheres coreanas e chinesas sequestradas e forçadas a satisfazer sexualmente os soldados japoneses, os chineses torturados e chacinados em Nanquim, onde durante seis a sete semanas foram violadas e mortas pessoas do sexo feminino, independentemente da idade, todos os asiáticos usados em trabalho forçado durante a guerra do Pacífico, os chineses usados como cobaias nas experiências com armas bacteriológicas e químicas na Manchúria, estiveram, até à década de 80 do século XX, “soterradas sob o peso de camadas de silêncio, ainda que estremecidas por intermitentes denúncias”⁸.

Às vítimas dos crimes perpetrados pelos japoneses na Ásia foi recusada o direito ao seu reconhecimento enquanto vítimas, o seu direito à memória dos crimes na consciência pública. Ao serem apagadas da “memória coletiva mundial, privadas do lugar que lhes é devido na história” diz Iris CHANG, cumpre-se uma dupla vitimização, na verdade uma irremível ofensa à sua dignidade enquanto seres humanos⁹. “À negação do respeito pela vida, pela integridade física e moral, pela liberdade, que vem traduzida por cada morte, cada sevícia, cada violação perpetradas pelos soldados japoneses, acresce a recusa do direito ao reconhecimento e à memória dos crimes”¹⁰. O que bem poderá qualificar-se, usando o conceito cunhado por Jaques DERRIDA, como uma “*vitimização absoluta*”, a privação do direito à palavra, a privação da palavra, a privação de qualquer manifestação, de qualquer testemunho¹¹.

As vítimas tornaram-se invisíveis.

⁸ Assim, M. Leonor M. ESTEVES, Para uma Reflexão em Torno do Sentido e do Fundamento dos Crimes contra a Humanidade, dissertação de Doutoramento, Universidade de Santiago de Compostela, 2015, p 429. Sobre as graves omissões e lacunas da investigação e acusação no processo que correu no Tribunal Militar de Tóquio, que tornaram possível a invisibilidade das vítimas, especialmente as mulheres chinesas e coreanas sujeitas a sevícias sexuais e todas as pessoas, na sua esmagadora maioria chinesas, usadas pelos japoneses como cobaias nas experiências visando criar armas químicas e bacteriológicas, ob. cit., pp. 429-458 e 648-653.

⁹ The Rape of Nanquing , the forgotten Holocaust of World War II, “Foreword” by C. KIRKY, Basic Books, New York, 1997, pp. 14 e 200.

¹⁰ Nestes termos, Leonor ESTEVES, ob. cit., p. 430. Sobre o direito à memória que deve ser reconhecido a qualquer vítima de um crime, Leonor ESTEVES ASSUNÇÃO, “A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual”, in, Que Futuro para o Direito Processual Penal Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, pp. 333-357, em especial, pp. 333-334.

¹¹ In, Foi et Savoir, suivi de Le siècle et le Pardon (entretetien avec Michel Wieviorka, Éd. Seuil, 2000, p. 132.

A invisibilidade das vítimas dos crimes contra a humanidade que convocam a censura internacional, quer a mais brutal, a radical invisibilidade - a negação da existência do crime¹² - quer a sua quase-invisibilidade, a relegação para uma cifra estatística, um número, uma realidade impessoal que é fácil esquecer, apagar da memória, tem sido conveniente, seja à necessidade de cicatrização de feridas sócio-políticas, seja ao difícil enfrentamento de pedaços de história recente que embaraça e envergonha¹³, um processo, deve dizer-se, sempre impróprio e perverso de pacificação comunitária que traz consigo uma inadmissível desresponsabilização, se não, impunidade.

Por isso compreendemos a veemência que António BERISTAIN colocou na afirmação proferida no I Congresso Espanhol de Vitimologia, em Outubro de 2004 - votar ao esquecimento as vítimas de crimes de massa como foi o Holocausto e como é o terrorismo, configura, para além do incumprimento de um dever moral e académico, “*um crime de omissão*”¹⁴.

Uma exigência se impõe, decorrente do respeito devido à dignidade das vítimas daqueles crimes e, deve dizer-se, do respeito devido à dignidade de toda e qualquer vítima de um crime - *o reconhecimento do direito à memória da sua experiência de sofrimento, na sua expressão individual, o reconhecimento do seu direito à assistência e protecção, o reconhecimento do seu direito a uma reparação.*

¹² Enrique BACA BALDOMERO usa, a este propósito, o conceito “vítimas negadas”, cujo âmbito abrange todas as vítimas carentes de reconhecimento social, jurídico e político da sua condição de vítima, “I. Presencia y apariencia de la victima”, in, *Victimas Olvidadas*, Josep TAMARIT SUMALLA Coordenador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 23-41, em especial, p. 35-36

¹³ No Japão contemporâneo, o tema crimes contra a humanidade e de guerra reportado a factos ocorridos na primeira década do século XX, em especial, durante a II Guerra Mundial continua a gerar, ainda, manifesta incomodidade. Nos sectores nacionalistas persiste-se na afirmação de que as mulheres coreanas e chinesas deslocadas, coactivamente, para as “casas de conforto” destinadas aos membros do exército japonês, se prostituíram de livre vontade., veja-se, Jake ADELSTEN, “The uncomfortable truth about comfort women”, in, *The Japan Times*, disponível, in, www.japantimes.co.jp/news/2014/11/01 ; também, o artigo de opinião de Jeff KIGSTON, Director do Centro de Estudos Asiáticos da Universidade de Temple no Japão, “Japan’s inescapable “comfort women” problem”, disponível in, www.japantimes.co.jp/opinion/2016/04/02. Após prolongadas negociações diplomáticas com o Governo Sul-Coreano, as autoridades nipónicas aceitaram a responsabilidade civil decorrente dos actos integrantes da política de prostituição forçada a que foram submetidas as mulheres coreanas efectuando o pagamento de uma indemnização de mil milhões de ienes (cerca de 7 milhões e meio de euros), veja-se, artigo de Clara BARATA, in, *Jornal Público* on line, 28/12/2015.

¹⁴ In, “Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz”, in, *Estudios de Victimologia. Actas del Congreso español de victimología*, Coordinador Josep M. TAMARIT SUMALLA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 261-284, em particular, p. 273 (em itálico, no original).

Trata-se de reconhecer que quem, num momento da sua vida, foi vilipendiado, ofendido na sequência de uma conduta penalmente ilícita, é uma pessoa, possui um rosto humano que nos olha. Um rosto que na sua frágil nudez profundamente humana, no pensamento de Emmanuel LÉVINAS, se impõe, incómodo, imperativo¹⁵, um olhar que só ele, nas palavras de Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “vê o que não é perceptível por quem o vitimizou ou por terceiro – o significado do sofrimento”¹⁶. Só esse olhar permitirá esclarecer, em definitivo, o que significou o crime na sua história individual no tempo presente e quais as suas implicações para o tempo futuro.

Há que admitir que desde a Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas 40/34 de 1985, em que se intenta uma densificação do conceito de vítima e se lhe atribuem direitos espelhando as ideias nucleares da chamada *vitimologia da acção* – o direito a intervir no processo, o direito à protecção estadual e o direito a uma reparação¹⁷ - até à famosa Convenção de Istambul, de 11 de Maio de 2011, Relativa à Violência contra as Mulheres¹⁸ logo

¹⁵ Veja-se, L’ humanisme de l’ autre homme, Fata Morgana, 1972, pp. 51, 54-55.

¹⁶ In, El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento, Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por C. M. ROMEO CASABONA, Editorial Comares, 2006, p. 28.

¹⁷ Sobre a importância da Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e abuso de poder que integra esta Resolução da ONU, veja-se, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, ob. cit., pp. 20-21. O Autor avalia a influência do pensamento da *vitimologia da acção* na produção de Documentos no espaço europeu tendentes a reforçar as preconizadas “dimensão estatutária” e dimensão assistencial”, referindo as duas Resoluções do Parlamento Europeu sobre a indemnização das vítimas de de violência de 13/3/1981 e de 12/9/1989, a Convenção do Conselho da Europa sobre a indemnização das vítimas de crimes violentos, de 24/11/1983, as Recomendações aos Estados Membros tendentes ao melhoramento da situação da vítima no Direito e processo penal, provenientes do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 28/6/1985, o Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias sobre a indemnização às vítimas de um crime, de 28/9/2001 e a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, ob. cit., pp. 13 e ss. Lamenta, justamente, o ensurdecido silêncio reservado aos direitos das vítimas no sistema judicial na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 12/12/2000 que contempla no capítulo IV normas respeitantes aos direitos do arguido e louva a iniciativa da Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas que emite uma Resolução sobre Os Direitos à restituição, à indemnização e à reabilitação das vítimas de violações graves dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (Resolução 2002/44), ob. cit., pp. 18 e 21, respectivamente. Com muito interesse sobre as enunciadas iniciativas internacionais, em especial europeias referentes à protecção e assistência das vítimas de crimes, aqui abrangendo a Directiva do Conselho sobre a indemnização às vítimas de crimes, 2004/80/CE, JO L 261 de 6/8/2004, veja-se, Manuel José GARCIA RODRIGUEZ, “Una Aproximación a las Políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo”, in, Estudios de Victimologia ..., ob. cit., pp. 121-144, em particular, 122-139.

¹⁸ Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as Mulheres e a violência doméstica, aprovada pela Resolução da Assembleia da Republica nº 4/3013 de 14/12/2012 e ratificada por Decreto Presidencial nº 13/2013, in, Publicação da Comissão Para a Cidadania e Igualdade do Género, 2013.

seguida pela Diretiva da União Europeia, de 25 de Outubro de 2012, Respeitante aos Direitos, Apoio e Protecção das Vítimas do Crime¹⁹ que, na ordem jurídico-penal interna dos diversos países europeus, salvaguardada a original solução portuguesa que criou a figura do *assistente*, houve manifesta resistência à entrada no processo da pessoa ofendida com a prática do crime, resistência que se afigura peremptória em ordenamentos fora da Europa, como é o caso dos Estados Unidos²⁰, muito embora se tenham instituído, paulatinamente, mecanismos fora do processo penal com vista à obtenção pelo ofendido de uma indemnização pelos danos ocasionados pelo crime.

1. A “neutralização” da vítima no processo penal

As razões que subjazem à “neutralização” da vítima no direito penal e processual penal, que lhe recusava a qualidade de sujeito do processo, remetendo-a para mero “objecto” de prova, privando-a de um espaço de actuação processual que lhe possibilitasse participar constitutivamente na decisão final, são sobejamente conhecidas²¹. O direito penal moderno funda-se no *poder de punir* monopólio do Estado a quem incumbe o concomitante dever de prevenir e reprimir as condutas que ameacem ou ofendam gravemente os valores considerados comunitariamente dignos de especial protecção, por constituírem os pressupostos indispensáveis à manutenção de uma suportável coexistência comunitária que permita a “mais livre realização possível” da personalidade individual²², configurando o crime, por aqui, em primeiro lugar, uma ofensa ao Estado a quem fere no seu ordenamento jurídico. A este entendimento corresponde, no processo penal, o *princípio da oficialidade* (a

¹⁹ Directiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25/10/2012 que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, in, Jornal Oficial da União Europeia L 315 de 14/11/2012.

²⁰ Veja-se, Leonor ESTEVES ASSUNÇÃO, “A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual”, ob. cit., pp. 337-340

²¹ Winfried HASSEMER questiona a indispensabilidade de “neutralização” da vítima, à luz dos princípios do Direito penal moderno, in, Fundamentos de Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 92 e ss.

²² Veja-se, Jorge de Figueiredo DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I. 2ª Edição. Questões Fundamentais. A Doutrina geral do Crime, Coimbra Editora, 2007, pp. 83 e e 123; também, As Consequências Jurídicas do Crime, Aequitas, Ed. Notícias, 1993, pp. 72-73.

promoção e a prossecução processual depende de um órgão estadual e não da pessoa directamente ofendida) que o transforma em coisa pública e indisponível. A entrada da vítima no processo era considerada atentatória da “racionalidade do sistema”²³, abrindo a porta a elementos indesejáveis - emoção, compaixão, sentimentos de vingança, visão individual distorcida – perturbadores do funcionamento do processo e impeditivos de uma resolução processual objectiva isenta e eficiente.

Ora, desde os anos 80, cultores do emergente ramo da criminologia denominado, justamente vitimologia, afastando-se do modelo que persistia em estudar a vítima como elemento do estudo etiológico do crime, afirmam a indispensabilidade de “olhar a vítima” na sua originária perspectiva, isto é, como a pessoa que sofreu um dano causado com a prática de um crime, apontando as consequências nefastas decorrentes da sua expulsão do processo pelo Estado que, a expressão é de Nils CHRISTIE se apropriou do conflito, “roubado” aos seus primeiros intervenientes²⁴ - o agente e o ofendido - e da sua “coisificação”, ou instrumentalização como objecto de prova, que, em determinados casos, crimes sexuais, equivalia a trato degradante²⁵, desde a denúncia na polícia até ao culminar na audiência de julgamento, e logo a seguir, do seu irremível abandono.

A vítima de um crime depara com um sistema - que se pretende racional - burocrático, rígido, em que a conduta dos intervenientes se pauta pelo automatismo e pela frieza que não deixam espaço para a empatia com a tragédia pessoal de quem a ele recorre para obter justiça²⁶. O excesso de formalismo e de falta de empatia são directamente proporcionais ao grau de desumanização.

O desamparo, a frustração, a falta de confiança aumentam o sentimento de insegurança – o sistema de administração da justiça que devia acolhê-la e auxiliá-la a reconstruir-se, deixa-a sozinha a enfrentar os seus medos, quando não lhe retira a esperança na prossecução de

²³ Sobre a obstinada recusa da entrada da vítima no processo penal americano, Douglas Evan BELOOF, “The Third model of criminal process: the victim participation model”, in *Utah Law Review*, 1999, pp. 310 e ss, em particular, pp. 325- 326; também, Leonor ESTEVES ASSUNÇÃO, ob. cit., p. 337.

²⁴ In, *Conflicts as Property*”, *BrijCrim*, 1977, p. 6 e ss.

²⁵ Veja-se Manuel da Costa ANDRADE, *A Vítima e o problema criminal*, Coimbra, 1980, p. 137.

²⁶ Assim, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, ob. cit., p. 33-34.

uma decisão justa no seu caso concreto - assim se reproduzindo, agora de forma mais dramática, a vitimização²⁷.

Eis que a vítima se sente, não apenas desamparada mas “quase” invisível.

O tema é, desde há décadas, tratado na literatura e na cinematografia, aqui, de modo particularmente eloquente.

Dê-se como exemplo a belíssima, ainda que perturbante, película *The Brave One*, realizada por Neil JORDAN em 2007, em que a personagem principal interpretada por Jodie Foster²⁸ é, juntamente com o noivo, vítima de um crime violento que lhe causam graves danos físicos e psicológicos agravados pela morte do noivo. O espectador segue o cruciante monólogo de Foster sobre o medo que assombra os dias e os lugares e os transforma num tempo e num espaço insuportáveis e que, inevitavelmente, produz uma transformação na forma de olhar o mundo e as coisas, e as imagens que expõem ao olhar o percurso irremediavelmente solitário de quem vive sentimentos de perda e de insegurança. De como uma pessoa vitimizada passa, de um comportamento marcado por uma atitude fóbica, a uma conduta vindicativa fundada na desesperança, num visceral descrédito no funcionamento do sistema estadual de justiça que a abandonou ao seu destino.

Os vícios do ordenamento penal e processual penal que ao “neutralizar” o ofendido pelo crime torna impossível a realização da justiça porque, dirigindo a sua preocupação para o cumprimento das ideias de retribuição ou de prevenção, através da punição imposta ao arguido, deixa desatendidos os reais interesses daquele ofendido que não se bastam com a aplicação da sanção - sanção que, por si só, não preenche as suas aspirações respeitantes à reconstrução dos sentimentos de segurança e de confiança abalados com o crime,

²⁷ Ibidem; Sobre esta dupla vitimização, dita “ vitimização secundária”, gravíssima porque operada no interior do sistema estadual que deveria estar votado à protecção e que comporta o desrespeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana que entroncam na sua dignidade intangível, Alberto ALONSO RIMO, “Medidas de protección de los intereses de las víctimas: su fundamentación desde un punto de vista penal”, in, Estudios de Victimologia, ob. cit., pp. 47-53, em especial, pp. 51-53. As perversidades da “vitimização secundária” haviam sido certamente enunciadas pelos cultores da vitimologia e, mais recentemente, pela literatura “restaurativa”. Veja-se, Costa ANDRADE, ob. cit., e Van NESS, “Restaurative Justice”, in Criminal Justice, Restitution and Reconciliation, ed. B. GALAWAY and J. HUDSON, N.Y., Crim. Just. Press., 1990.

²⁸ É de enfatizar que Jodie Foster no início da sua carreira protagonizou um papel num filme realizado por Jonathan KAPLAN, *The Accused* (1988), onde se mostra com crueza o caminho trilhado por uma jovem vítima de violação que afronta o sistema de justiça numa pequena cidade dos Estados Unidos, um sistema de justiça mais vocacionado por julgar a sua conduta do que os actos praticados pelos agentes do crime.

reconstrução indispensável à pacificação no seu quotidiano - foram desnudados pela doutrina *restaurativa*. Em contra-ponto com o processo penal clássico gizado em torno das figuras do estado e do arguido, quer trazer a vítima para o centro do processo, revestindo-a de um poder constitutivo²⁹ na resolução do conflito com origem no crime, processo que, ao invés de determinar a pena a aplicar ao arguido à luz de finalidades retributivas ou preventivas, deverá prosseguir, preferencialmente, a restauração das relações sociais deterioradas com a prática do crime – fala-se em *curar* em vez de punir – afiançando primordial atender às exigências de reparação do mal causado à vítima pelo crime que, porém, não se deixam reconduzir a um exercício económico de cálculo e proporção³⁰.

2. O reconhecimento normativo dos interesses e direitos da pessoa ofendida pela prática de um crime

²⁹ ESTEVES ASSUNÇÃO, ob. cit., pp. 337-338 e 341 e ss.

³⁰ A bibliografia sobre justiça restaurativa é, hoje, quase inabarcável em língua inglesa. A título meramente indicativo, enunciamos Howard ZEHR, *Changing Lenses: a new focus for crime and Justice*, PA Herald Press, 1990, M. WRIGHT/GALAWAY, “Restorative Justice: for whose benefit”, in *Victim-Offender mediation in Europe, making Restorative Justice Work*, Leuven University Press, 2000, M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, Bukckinngham, Open University, 1991, Elmar WEITEKAMP, “Research on victim-offender mediation. Findings and needs for the future”, in *Victim-Offender mediation in Europe*, ob. cit. e Elmar WEITEKAMP y Hans-JÜRGEN, *Restorative Justice, Theoretical Foundations*, Villam Pub., 2002, Van NESS, “Restaurative Justice”, in *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation*, ed. B. GALAWAY and J. HUDSON, N.Y., Crim. Just. Press., 1990, “Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice”, in *Journal of Community Corrections*, nº8, 1997 e “Proposed basic principles on the use of Restorative Justice: Recognising the Aims and Limits of Restorative Justice”, in *Restorative Justice & Criminal Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2003, “Proposed UN basic principles on restaurative justice”, Resources, p. 1 a 23, disponível in www.restorativejustice.org; VON HIRSH A./ ROBERTS J./ BOTTOMS A./ ROACH K./ SCHIFF, M. Eds, Van NESS/Karen STRONG, *Restoring Justice*, Anderson Publishing, 1997; Rupert ROSS, *Returning to the Teachings; Exploring Aboriginal Justice*, Toronto, Penguin Books, 1996; John BRAITHWAITE, “A future where the punishment is Marginalized Realistic or Utopian?”, in *UCLA Law Review*”, p. 1727 e ss, e “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, *Crime and Justice: A Review of Research*, Ed. Michael TONRY, 1999; UMBREIT/LEWELLYN, J./HOWSE, R., *Restaurative Justice – A conceptual Framework*, prepared for the Law Commission of Canada, disponível in www.lcc.gc.ca; Tony MARSHALL, “The evolution of restorative justice in Britain”, *EuropJCL&Crim* 4 1996, e *Restorative Justice an Overview*, Home Office, 1999. Veja-se, também, Ron CLAASSEN, “Restorative Justice – Fundamental Principles” Presented May 1995 at NCPCR, revised May 1996 at UN Alliance of NGOs Working Party on Restorative Justice, Center for Peacemaking and Conflit Studies, Fresno Pacific University. As várias formulações do conceito de justiça restaurativa encontram-se em, Erik LUNA, “Punishment Theory, Holism and Procedural Conception of Restorative Justice”, *Utah Law Review*, 2003, pp. 205 a 302. Em português, com interesse, Francisco Amado FERREIRA, *Justiça Restaurativa, Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Ed., 2006 e, recentemente, os excelentes trabalhos de Teresa Lancry G. A., Sousa ROBALO, *Justiça Restaurativa. Um caminho para a Humanização do Direito*, Editorial Juruá, Lisboa, 2012 e Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como*, Coimbra Editora, 2014.

Às considerações efectuadas no seio da vitimologia e no domínio da denominada justiça restaurativa não é, seguramente, alheio o conteúdo de documentos internacionais atrás referenciados³¹ que, no final do século XX e no dealbar do século XXI, visam *reconhecer* a posição da vítima de um crime, designadamente de crimes violentos, *enunciar os direitos* que se fundam no respeito devido à sua **dignidade enquanto pessoa**, o direito de participar no processo, de assistência, de protecção e de obter de uma reparação, o direito de ser informada sobre os seus direitos no processo e sobre todas as questões processuais que lhe digam respeito e, finalmente, *instar os Estados* a criar mecanismos no seu direito interno que dêem cumprimento a estas exigências.

De enfatizar a, contida embora, alusão aos direitos das vítimas no Estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente³² e no Regulamento Processual e da Prova³³, resultado dos incessantes esforços encabeçados pela delegação francesa à Comissão Especial da Organização das Nações Unidas criada para redigir os respectivos textos normativos, bem como da fortíssima pressão das Associações de Vítimas que superaram as maiores resistências de alguns Estados, em particular do sistema jurídico *common-law*³⁴. Apesar de não ter sido lograda a elevação da vítima dos crimes da competência desta jurisdição internacional (crimes de agressão, de guerra, de genocídio e contra a humanidade) à categoria de “sujeito” processual, abre-se a possibilidade da sua intervenção nas várias fases do processo, ainda que muito limitada nos momentos prévios à fase de julgamento e, em todo o caso, dependente do poder discricionário atribuído ao Tribunal pelo Estatuto³⁵. Ora, se no decurso da audiência de

³¹ Remete-se para nota 17.

³² Ratificado pela Resolução nº 3/2002 da AR e pelo Decreto do PR nº 2/2002.

³³ Disponível, in, www.icc-cpi.int/resource.library#coreICCTexts

³⁴ Veja-se, Gilbert BITTL, “Victims before the International criminal Court. Participating in the Proceedings”, in, The International Conference on Criminal Procedure Law. Challenges in the 21.st Century, Proceedings, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2007, Macau, pp. 291-313, em especial, pp.306 e ss.

³⁵ Nos termos do nº3 do artigo 68º do Estatuto. Vejam-se o artigo 15º, nº 3, parte final, do Estatuto e o artigo 50º do Regulamento Processual, quanto à intervenção na decisão cometida ao Procurador de abrir o inquérito, que, de acordo com a alínea c) do nº1 e alínea c) do nº2 do artigo 53º do Estatuto, deve vincular essa decisão, tal como a decisão que vier a pronunciar no final da fase investigatória, acusar ou não acusar, aos “interesses das vítimas”. O artigo 92º, nº 2 do Regulamento Processual determina que o Juízo de Instrução proceda à notificação das vítimas da decisão tomada pelo Procurador de não proceder criminalmente, a fim de participarem no processo de revisão da decisão e mais outorga ao Juízo de Instrução o poder de as ouvir, possibilitando-lhes a intervenção através do mecanismo de “preservação da prova” (Artigos 56º nº 1 e 57º nº 3 do Estatuto). De notar que se encontra expressamente previsto, no nº 3 do artigo 19º do Estatuto, o direito reconhecido às vítimas de se

juízo, como “participante” processual lhe são reconhecidos o direito de ser ouvida e de se fazer representar por advogado que pode aceder aos elementos integrantes do processo, alegar o que tiver por conveniente, interrogar o arguido, inquirir testemunhas e peritos e, comprovando-se que tal se revela necessário para a tutela dos seus interesses e para o apuramento da verdade, salvaguardados os direitos do arguido, poderá apresentar prova³⁶, já, durante a fase instrutória - na qual se irão tomar decisões que inevitavelmente se projectam no domínio daqueles interesses - não obstante a previsão da sua participação na audiência instrutória, em casos específicos (artigos 125º e 128º do Regulamento Processual), o tribunal tem vindo a fazer uma “interpretação restritiva”, como adverte e bem Maria GUTIERREZ RODRÍGUEZ, do direito que deve assistir à vítima de carrear prova ou de propor que seja ordenada a sua produção apelando aos poderes de investigação que detém o Tribunal (artigo 61º, nº 7), louvando-se da decisão proferida no Caso Katanga³⁷. Deve reconhecer-se, porém, que no processo subsequente a uma condenação, destinado a arbitrar a indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais, sofridos com a prática do crime - “uma etapa essencial da administração da justiça” cujo sucesso determinará “em certa medida o sucesso do Tribunal”, como é reconhecido na Decisão emanada do Juízo de Primeira Instância II Relativa às Reparações de acordo com o artigo 75º do Estatuto, no Caso Katanga, de 24 de Março de 2017³⁸ - a vítima intervém munida dos direitos reconhecidos a um verdadeiro “sujeito”³⁹. Neste domínio necessário se torna enfatizar a importância de que revestem Órgãos criados para coadjuvar as vítimas na concretização dos seus direitos de intervenção no processo com vista a almejar uma reparação, a *Secção Relativa à Participação e Reparação das*

pronunciarem sobre as questões que vierem a suscitar-se quanto à jurisdição do Tribunal ou à admissibilidade do caso.

³⁶ Vejam-se as normas 89ª, nº 1, 91ª, nº 3, 92ª, nº5 e 131ª, nº 2 do Regulamento Processual.

³⁷ The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision ICC-01/04-01/07-474, 13.05.2008, decisão citada e comentada, in “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: “¿efectiva realización de los derechos de participación y reparación?”, in, La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, Alicia GIL GIL/Elena MACULAN, Directoras, Dykinson, S. L. Madrid, 2017, pp. 47-79, em especial, pp. 61-63.

³⁸ Ordonnance de réparation en vertu de l’article 75 du Statut, ICC-01/04-01/07, p. 11.

³⁹ O Regulamento Processual desenha-lhe o âmbito de actuação que abrange o direito de dar início ao processo, de alegar, de interrogar o réu, de inquirir testemunhas e peritos e o direito de recorrer da decisão (normas 94ª, 97ª, nº2, 91ª, nº 4 e 82º, nº 4. Tome-se em consideração o nº 3 do artigo 75º do Estatuto onde se determina que o Tribunal, em momento prévio à emissão de despacho sobre reparação, na forma de restituição, indemnização ou reconstituição “pode solicitar e tomar em consideração as pretensões formuladas (...) pelas vítimas (...)”. Veja-se sobre esta matéria, M. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 66.

Vítimas, a Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas, o Gabinete de Assessoria Pública às Vítimas e o Fundo a Favor das Vítimas.

O conjunto de iniciativas de âmbito internacional votadas à protecção dos específicos interesses e necessidades das vítimas de crimes culminou, no início da segunda década do século, com a celebração da Convenção do Conselho da Europa relativa à Violência Contra as Mulheres e à Violência Doméstica de 11/5/2011 (*Convenção de Istambul*) e a emissão da Directiva 2012/29 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25/10/2012 que hão-de considerar-se precedentes normativos dos recentemente aprovados instrumentos legislativos portugueses - a Lei nº 129/2015 de 3 de Setembro que altera o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, protecção e assistência das suas vítimas e a Lei nº 130/2015 de 4 de Setembro que aprova o denominado “Estatuto da Vítima”. É justamente a arquitectura do Estatuto atribuído à vítima que julgamos conter os traços nucleares dos direitos e garantias que devem conformar a qualidade da pessoa ofendida com a prática de um crime, ainda que não se constitua assistente no processo penal – o direito ao respeito pela sua dignidade pessoal e ao reconhecimento da sua qualidade de vítima, o direito a não sofrer tratamento discriminatório, o direito à informação em língua que entenda, o direito à protecção e assistência que previna a vitimização secundária, o direito a ser ouvida⁴⁰.

3. Consequências que advêm da penetração da vítima no sistema penal

Independentemente dos problemas que venham a suscitar-se no âmbito da acomodação dos conceitos que se entrecruzam ou entrelaçam - vítima, ofendido, lesado - tanto no domínio teórico e normativo como na prática, em torno da determinação e distribuição dos respectivos “estatutos” e “papéis”, consideramos que da penetração no ordenamento penal da vítima trazida, ainda que no cumprimento de obrigações internacionais, pela consagração

⁴⁰ Artigos 3º, 4º, 8º, 11º, 12º, 15º a 17º do Anexo a que se refere o artigo 5º da Lei nº 130/2015. Cfr, com os artigos 3º a 7º, 10º, 16º, 18º e ss. da Directiva 2012/29/UE.

formal de um “Estatuto” que lhe reconhece a qualidade de sujeito autónomo de direitos, decorrem inegáveis ganhos naquilo que reputamos ser o essencial da problemática colocada pelo crime no plano penal e processual e no plano da política criminal, num Estado de Direito (material) democrático.

Desde já há que dizer que não antevemos que a intervenção da vítima no processo penal, em termos que não se deixam recobrir pela figura do assistente, traga como consequência, necessária, o enfraquecimento do **poder/dever do Estado de prevenir e reprimir, pelo exercício do *ius puniendi***, as graves ofensas àqueles valores considerados comunitariamente importantes para a existência e desenvolvimento da própria comunidade em termos humanamente suportáveis⁴¹. Na verdade, acreditamos que a protecção que incumbe ao Estado dessa realidade axiológica nuclear através da imposição de sanções penais acarreta consigo um outro dever, o dever de solidariedade (protecção e assistência) para com a pessoa directamente visada pela prática da conduta lesiva desses valores, a pessoa que sofreu um ataque ilícito aos seus direitos fundamentais, um dever que ancora na irrenunciável dimensão social e democrática do Estado de Direito, claramente identificado já por H. JESCHECK e reafirmado por H. ZIPF : “ O de impedir que essa pessoa vítima de um crime não supere, sozinha, o seu destino, como desgraça pessoal”⁴².

Todavia, o reconhecimento dos direitos que assistem a uma pessoa vitimizada, em especial o direito à reparação, não deverá considerar-se como uma “revolução” no âmbito da **teoria dos fins das penas** que, como propugna Figueiredo DIAS e nós sufragamos, devem cumprir finalidades eminentemente preventivas⁴³. Tal como o entendemos, ainda que a “reparação”

⁴¹ Cfr. com o entendimento de Cláudia SANTOS, a propósito da introdução no sistema penal português do mecanismo da mediação e das esperanças que nele depositam os defensores da justiça restaurativa enquanto processo de composição-pacificação, em confronto com a função estadual repressiva-sancionatória das condutas que significam “a lesão insuportável de um valor de extrema relevância para a comunidade”. A Autora questiona e bem, a nosso ver, “se a protecção dos interesses da vítima pode ou deve ser a principal preocupação do sistema penal” (em itálico no original), adiantando a ideia, de que partilhamos, de que não é razoável exigir-se ao direito penal o cumprimento de finalidades que este não tem capacidade para prosseguir, in, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo Anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 16 (2006), pp. 87-113, em especial, pp. 89-90. Neste sentido, ainda que em diverso contexto, Alicia GIL GIL, “El papel del Derecho penal en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva”, in, La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, ob. cit., pp. 365-392, em especial, pp. 387-388.

⁴² Introducción a la Política Criminal, Ed. Revista de Derecho Privado, 1979, p. 179.

⁴³ Ob. s cit.s.

não deva ser elevada à categoria de finalidade autónoma a cumprir pelo direito penal⁴⁴, a ideia do restabelecimento da paz jurídica que habita o conceito de prevenção geral positiva a realizar através do processo penal concretiza-se sempre que seja correspondida a exigência de reparar os danos causados pelo crime que contribui para restabelecer a confiança da vítima no adequado funcionamento sistema de administração da justiça e reafirmar a validade do ordenamento jurídico⁴⁵. Do lado do agente do crime, a conduta reparadora que lhe for determinada, no interesse da vítima e nos limites estabelecidos pela culpa, contém, não temos dúvidas, uma dimensão positiva responsabilizadora que, se as exigências preventivas o permitirem, contribuirá para uma decisão em matéria de determinação e escolha da pena que não imponha uma pena privativa de liberdade, cujos efeitos nefastos e criminógenos são sobejamente conhecidos.

Há, naturalmente, que realçar as implicações que da concessão de um Estatuto à vítima decorrerão no plano específico da **política criminal** e do que tal significa para a construção de um novo modelo de prevenção e repressão do crime que leve a sério a perspectiva da vítima, na expressão de TAMARIT SUMALLA, uma “política criminal vitimologicamente orientada”⁴⁶. Com inegáveis ganhos, designadamente em formas de criminalidade, como os crimes sexuais ou a violência doméstica, em que pode ocorrer a redução das chamadas cifras “negras” através do reforço da confiança da vítima no adequado funcionamento do sistema penal, prevenindo-se sentimentos de abandono e insegurança e minimizando pulsões vindicativas.

⁴⁴ Claus ROXIN aventa a consagração da “reparação” como “uma terceira via do sistema sancionatório”, “Pena y reparación”, in, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Tomo LII, MCMXCIX, 2002, p. 13 e ss, e Derecho Penal, Parte General, Tomo I, trad. Luzón Peña/ Garcia Conlledo/ Vicente Remesal, Civitas, 1999, p. 108 a 110. Sobre o problema veja-se, em Portugal, Mario MONTE, “ Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime”, in, Liber Discipulorum Figueiredo Dias, pp. 129-155, em especial, pp. 137 e ss. Maria Paula Ribeiro de FARIA, “A reparação punitiva- Uma “terceira via” na efectivação da responsabilidade penal”, in, Liber Discipulorum, cit., pp. 259-292, em especial, pp. 280 a 286 e 289 a 291.

⁴⁵ Assim, Figueiredo DIAS, afirmando a importância da “reparação”, não como “finalidade geral da pena”, mas enquanto “contributo (valiosíssimo!) para o restabelecimento da confiança e da paz jurídicas abaladas pelo crime”, Direito Penal, ob. cit., p. 60. Em sentido aproximado, Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, E. Comares, Granada, 2002, pp. 806, 931-932.

⁴⁶ “¿Hasta que punto cabe pensar victimologicamente el sistema penal?”, in, Estudios de Victimologia, ob. cit., pp. 27- 45, em especial, p. 29.

Um modelo de política criminal que atenda à perspectiva da vítima sem, todavia, transigir com ideias perigosas, necessário se torna dizê-lo, que se alimentam dos sentimentos de medo e de insegurança das vítimas, sobretudo das vítimas de crimes de massa, como é o caso do terrorismo, manipulando, instrumentalizando esses sentimentos com vista a fundar uma “cultura da ameaça”⁴⁷ a que faz apelo uma retórica populista que pretende justificar e legitimar um modelo securitário, através da expansão dos poderes e do âmbito de actuação dos órgãos de segurança estaduais, um modelo securitário que coloca em perigo as traves mestras do edifício do Estado de Direito⁴⁸.

Conclusão

A humanização do sistema penal

A terminar seja-nos, ainda, permitido que é nossa convicção de que o reconhecimento dos direitos da vítima engrandece o ordenamento penal e, em definitivo, lhe confere redobrada dignidade. A entrada da vítima num sistema que lhe era praticamente impenetrável possui um significado ético-jurídico.

A vítima surge, no processo, não como mero objecto de prova, mas como sujeito, melhor, como uma pessoa dotada de um rosto e de uma voz que pode transmitir a sua visão sobre o crime. A visão “de quem vê o que não perceptível pelo vitimário nem por terceiro, o significado do sofrimento”⁴⁹.

O processo abre-se à humanidade da vítima, uma pessoa munida de uma dignidade intangível. No sentido kantiano, uma pessoa que se furta à coisificação.

⁴⁷ O tema é desenvolvido por Jonathan SIMON a propósito da sociedade americana, *Governing Through Crime. How de War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007, em particular, pp. 75 e ss e 233 e ss.

⁴⁸ Veja-se, sobre a “ideologia securitária punitiva”, David GARLAND, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, The University of Chicago Press, 2001, especialmente, pp.180 e ss.. A propósito das medidas de segurança empreendidas por estados europeus relativamente ao terrorismo, Giorgio AGAMBEN reflecte sobre os perigos que advêm da criação de um Estado securitário, cujos mecanismos jurídicos “minam os fundamentos da democracia moderna” in, *Le Monde*, 23/12/2015, também disponível, in, *Courrier International*, tradução de Mafalda Almeida, Fevereiro, 2016, N° 240, pp. 24-25. Também, TAMARIT SUMALLA alerta para a manipulação das vítimas dos crimes de massa e o seu corolário a “demanda da maximização da segurança em detrimento das ideias de liberdade e justiça”, ob. cit., p. 29.

⁴⁹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, ob. cit., p. 28.

Ousamos esperar que a proclamação solene do Estatuto da vítima seja levada a sério, com todas as suas implicações teóricas e práticas.

Um sistema jurídico-penal exasperadamente racional, gera automatismo, tende a fechar-se sobre si próprio, auto-justifica-se e auto-legitima-se, afastando-se, irremediavelmente, da realidade humana que lhe cumpre interpretar e disciplinar.

A humanização do ordenamento penal e processual é pressuposto axiomático de uma boa administração da justiça. Justiça no seu sentido essencial que, no pensamento de Paul RICOEUR, significa um acto de “reconhecimento”, reconhecimento dos intervenientes no crime como pessoas⁵⁰. Reconhecimento do autor do crime como cidadão responsável pela ofensa da ordem jurídica mas igualmente responsável pelas consequências que advieram do crime para a vítima, e reconhecimento da vítima, do sofrimento da vítima decorrente da negação ilícita dos seus direitos, na criação de condições para o restabelecimento da sua cidadania.

⁵⁰ O Justo ou a Essência da Justiça, Instituto Piaget, 1997, pp. 167-168.

UM NOVO OLHAR JURÍDICO-PENAL EM TORNO DA VÍTIMA: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DAS IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL¹ E DA DIRETIVA 2012/29/UE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 25 DE OUTUBRO DE 2012

*Margarida Santos**

*Magda Cerqueira***

I – Introdução

Com a nossa intervenção, atendendo à limitação temporal, pretendemos sobretudo centrarmo-nos no Novo Estatuto da Vítima, que surgiu em sequência da transposição da Diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012.

Não obstante, cumpre apenas aqui já acentuar, numa visão conjunta, a importância para o fortalecimento da posição da vítima da Convenção de Istambul e da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012.

Efetivamente, estes instrumentos jurídicos inserem-se no atual pensamento criminológico e político-criminal que albergou a tutela das necessidades da “vítima concreta do crime já cometido”, e reforçou igualmente a função de tutela de “vítimas abstractas de crimes futuros”², ou seja, a finalidade da justiça penal associada às finalidades de prevenção geral e de prevenção especial.

* Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho

** Juíza de Direito

¹ Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, de 11 de maio de 2011, aprovada pela Resolução da AR n.º 4/2013, de 14 de dezembro de 2012, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de Janeiro.

² V. Cláudia Cruz Santos, “A ‘redescoberta’ da vítima e o direito processual penal português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, Vol. III, 2009, p. 1136. Como bem aponta a Autora, se a finalidade fosse apenas esta última, “não encontramos nela nada de particularmente

Estes instrumentos, e as respetivas traduções legislativas, significam um “passo largo”, a juntar-se ao caminho já percorrido em torno da proteção da vítima, ainda que não muito longo³.

Efetivamente, apesar da existência de vários instrumentos jurídicos (como, de resto, vem sintetizado no próprio preâmbulo da Convenção de Istambul)⁴, é de sublinhar a importância desta Convenção no âmbito na proteção da vítima, em especial da vítima mulher, destacando-se a sua abrangência, uma vez que a proteção da vítima espraia-se em vários planos, nomeadamente no da prevenção da violência, proteção das vítimas, direito penal substantivo e processual e políticas integradas.

Neste contexto, não obstante existirem igualmente outros instrumentos legais na União Europeia relevantes neste domínio, destacamos ainda a importância da Diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, que veio estabelecer normas mínimas aos direitos, ao apoio e à proteção de vítimas da criminalidade, substituindo e alargando, por conseguinte, a Decisão Quadro 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março de 2001, sendo certo que permite aos Estados Membros reforçar os direitos aí previstos a fim de proporcionar um nível de proteção mais elevado.

A Diretiva 2012/29/UE estabeleceu direitos, apoio e proteção em regimes mínimos para todas as vítimas, sejam ou não intervenientes no processo penal, respeitando os sistemas

novo”, na medida em que “A protecção de vítimas futuras constitui, naturalmente, finalidade crucial da justiça penal e encontra eco nas finalidades penais de prevenção geral e de prevenção especial”.

³ Sobre a situação da “vítima” antes e depois da revisão do Código de Processo Penal de 2007, v. Cláudia Cruz Santos, “A ‘redescoberta’ da vítima e o direito processual penal português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, Vol. III, 2009, pp. 1137 e ss.

⁴ Cf. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (STE n.º 5, 1950) e respetivos Protocolos, a Carta Social Europeia (STE n.º 35, 1961, revista em 1996, STE n.º 163), a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (STE n.º 197, 2005) e a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual (STE n.º 201, 2007); Recomendação Rec(2002)5 sobre a proteção das mulheres contra a violência, a Recomendação CM/Rec(2007)17 sobre normas e mecanismos para a igualdade de género, a Recomendação CM/Rec(2010)10 sobre o papel das mulheres e dos homens na prevenção e resolução de conflitos e na construção da paz, e outras recomendações pertinentes; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres («CEDAW», 1979) e o seu Protocolo Opcional (1999), bem como a Recomendação Geral n.º 19 do Comité CEDAW sobre a violência contra as mulheres, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) e respetivos Protocolos Facultativos (2000) e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006); o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (2002); a Convenção (IV) de Genebra Relativa à Proteção de Pessoas Civis em Tempo de Guerra (1949) e respetivos Protocolos Adicionais I e II (1977);

jurídicos dos vários Estados- Membros. A Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, procedeu à vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal (CPP) e aprovou o Estatuto da Vítima transpondo a referida Diretiva, que visa estabelecer normas relativas aos direitos, apoio e proteção das vítimas de criminalidade, sem prejudicar os direitos e deveres processuais consagrados no CPP para o arguido, o assistente e o lesado.

II – O Estatuto da Vítima

Feito este enquadramento, importa agora analisar o (novo) Estatuto da Vítima, percebendo se o mesmo traz uma alteração qualitativa da posição da vítima no processo penal e se gera uma mudança estrutural no processo penal português.

Adiante-se já que a resposta será negativa.

Na verdade, a introdução das alterações ao processo penal pela Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, e a criação de um Estatuto da Vítima que nunca antes existiu no nosso ordenamento jurídico constituem uma mudança de perspetiva que não altera a estrutura do processo penal.

Visa-se, agora, focar a proteção e intervenção da vítima concreta do crime e não a preservação das condições essenciais da existência comunitária, concedendo-lhe meios para ter uma maior intervenção na responsabilização do culpado.

Mas estes procedimentos não lhe conferem, enquanto vítima, um verdadeiro poder de conformação processual, a não ser que reúna os requisitos e requeira a sua constituição como assistente. Passa, sim, a poder requerer esse estatuto de assistente no prazo de recurso da sentença, a ter o direito de ser ouvida enquanto vítima sempre que o requeira, em fase de instrução, na fase do julgamento e na fase de execução de pena de prisão para apreciação das condições de suspensão, e sempre que haja que (re)apreciar os pressupostos de aplicação de medidas de coação.

A par destas novas prerrogativas é aprovado em anexo à referida lei o Estatuto da Vítima, que estabelece um conjunto de princípios orientadores da intervenção junto da vítima e de direitos desta, antes, durante e após o procedimento criminal, aplicáveis à vítima logo que esta seja sinalizada como tal.

O direito de participação ativa no processo, previsto no artigo 67º-A agora aditado ao CPP, no seu n.º 5, prevê o direito a colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias, prestando informações e facultando provas. Mas, a nosso ver, esta consagração legal nada trouxe de novo à prática processual penal.

Realmente inovadora é a noção legal de vítima pela primeira vez consagrada, que alarga a noção de origem doutrinária, pois abrange não apenas a pessoa singular que sofreu o dano com a prática do crime, mas também os familiares desta (cônjuge ou pessoa em condições análogas às dos cônjuges, parentes em linha reta, irmãos, e economicamente dependentes) quando a morte da vítima tenha sido diretamente causada por um crime e tenham, em consequência, sofrido um dano com essa morte. Inovadora é também a noção de vítima especialmente vulnerável, cuja especial fragilidade seja resultante, entre outros, da sua idade, estado de saúde, deficiência, tipo, grau e duração da vitimização. A atribuição deste estatuto tem de depender de avaliação individualizada, sem embargo da presunção legal de que as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis.

Mas a principal vantagem do (novo) Estatuto consiste, segundo cremos, na homogeneização estabelecida para todas as vítimas de crimes, sem colocar em causa os direitos concedidos para particulares tipos de vítimas, reforçando a proteção de toda e qualquer vítima de criminalidade, além de se prever um alargamento do regime processual penal para as declarações para memória futura a vítimas de crimes que não eram por ele abrangidas.

Como já referimos, o Estatuto da Vítima consagra os princípios de igualdade de oportunidades para viver sem violência, do respeito pela dignidade pessoal e autonomia da vontade da vítima, e da informação. Estes princípios limitam os interesses do processo penal.

Por sua vez, estabelece, ainda, os direitos das vítimas de crimes à informação, à assistência, à proteção e à confidencialidade, à indemnização e participação ativa no processo, que, em conjunto, trazem um franco incremento e densificação processual da posição da vítima antes, no decurso, bem como após o *terminus* do processo.

Como refere Costa Pinto, não é por acaso que a maior parte da “legislação solidária” não está inserida no CPP, que são sobretudo Magnas Cartas dos delinquentes⁵.

Neste contexto, em certa medida, seguimos André Lamas Leite quando aponta que “...um reforço do papel das vítimas no processo criminal pode ser demonstrativo de um descentrar do indivíduo, arguido no processo, para uma perspectiva mais *comunitarista* de protecção societária em que esta maior participação seja, afinal, uma *outra forma de controlo social*. Donde, não são incompatíveis os dois movimentos que, normalmente, são encarados como dissonâncias quando, em grande parte, são constituintes de uma mesma orientação punitiva. Com ganhos das vítimas, que vêem «a justiça a ser feita», reforçando a vertente geral-preventiva e de ressarcimento da pena”⁶.

Abordaremos de seguida, mais detalhadamente, os princípios e direitos criados pelo Estatuto da Vítima.

1 – Princípio da igualdade (de oportunidades)

O princípio da igualdade é o primeiro consagrado no referido Estatuto da Vítima, enquanto direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana. O texto de consagração deste princípio no Estatuto encontra-se decalcado do artigo 5º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à proteção e à assistência às suas vítimas)⁷, com exceção da última palavra do artigo que em vez de se reportar à saúde mental da vítima (fazendo alusão a doença mental) foi alterado para saúde “psíquica”, tornando-se, assim, mais abrangente, por poder abarcar estados psíquicos de desequilíbrio que não chegam ainda à manifestação de uma doença mental assim diagnosticada.

⁵ Costa Pinto, “O estatuto do lesado no processo penal”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 687 e 688.

⁶ André Lamas Leite, “‘Nova penologia’, *punitive turn* e direito criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós) moderna”, in *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 402, 2013.

⁷ Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, com as sucessivas alterações (a última operada pela lei n.º 24/2017, de 24 de maio).

Tal estatuição implica o tratamento por parte do sistema de justiça e das instâncias formais de controlo de todas as vítimas sem discriminar as mesmas pela sua ascendência, nacionalidade, condição social, sexo, etnia, raça, língua, idade, religião, deficiência, convicções políticas ou ideológicas, orientação sexual, cultura e nível educacional da vítima.

É ainda assegurada pelo Estado às vítimas de crime a igualdade de oportunidades para viverem sem violência⁸ e preservarem a sua saúde física e psíquica⁹.

A este respeito o Estatuto da Vítima compromete o Estado, no seu artigo 28º, a fornecer às autoridades policiais e funcionários judiciais, que são quem em primeira linha entra em contacto com as vítimas de crimes, formação geral e especializada “de nível adequado”, de forma a aumentar a sua sensibilização às necessidades da vítima, e permitir que sejam tratadas de forma não discriminatória (embora de acordo com as suas necessidades individuais concretas, pelo que só será admissível uma discriminação positiva¹⁰), com

⁸ A Lei nº 104/2009, de 14 de setembro, alterada pela Lei nº 121/2015, de 1 de setembro, definiu crimes violentos no artigo 1º, nº 2, al a) da seguinte forma: “os crimes que se enquadram nas definições legais de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta previstas nas alíneas j) e l) do artigo 1º do Código de Processo Penal”. Neste Código a criminalidade violenta é considerada como abrangendo as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forme puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos. O Conselho da Europa definiu o conceito de violência como “qualquer acto ou omissão que constitua atentado contra a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade de uma pessoa ou que comprometa gravemente o desenvolvimento da sua personalidade” - “A violência no seio da família”, Projeto de Recomendação e de exposição de motivos do Comité restrito de Peritos sobre a Violência na Sociedade Moderna aprovado na 33ª Sessão Plenária do Comité Director para os Problemas Criminais (Abril de 1984), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 335, p. 5. “Ao nível da violência familiar (...) há um tipo de violência que (...) por ser menos aparatosa é facilmente esquecida ou mesmo ignorada. (...) Falamos (...) da micro-violência do discurso desqualificador que anula o outro não apenas no seu discurso verbal ou no comportamento manifesto mas, e sobretudo, na sua própria essência, i é, na sua qualidade de ser existente” – Madalena Alarcão, (*Des*) *Equilíbrios Familiares*, Quarteto, Coimbra, 2000, pp. 304 e 305.

⁹ Entendendo-se como atos de violência psíquica as humilhações, provocações, molestações, ameaças, insultos, injúrias, privações de convívio, possessividade, destruição de objetos. Como bem acentua madalena Alarcão, “[a]o nível da violência familiar (...) há um tipo de violência que (...) por ser menos aparatosa é facilmente esquecida ou mesmo ignorada. (...) Falamos (...) da micro-violência do discurso desqualificador que anula o outro não apenas no seu discurso verbal ou no comportamento manifesto mas, e sobretudo, na sua própria essência, i é, na sua qualidade de ser existente” – Madalena Alarcão, (*Des*) *Equilíbrios Familiares*, Quarteto, Coimbra, 2000, pp. 304 e 305

¹⁰ A propósito desta noção de discriminação positiva, cumpre acentuar que a igualdade desdobrar-se-ia, assim, em proibição do arbítrio, residente na falta de fundamento ou desproporção, em proibição de discriminação, que se concretizaria na inexistência de motivo razoável para uma distinção, e uma obrigação de diferenciação que envolve o determinar a semelhança ou dissemelhança das situações em presença. E que permite criar um tratamento mais favorável aos desprotegidos ou mais fracos, consubstanciado numa discriminação positiva que não viola a igualdade por se fundar na tendencial igualdade de oportunidades ou

respeito e profissionalismo. Como, aliás, já havia estipulado a nível de princípios, no artigo 10º do Estatuto da Vítima ao estabelecer que qualquer intervenção de apoio à vítima deve obedecer a normas e obrigações profissionais da referida Ordem ou categoria do técnico interventor, e individualizar a intervenção de modo a melhor corresponder com as regras de conduta às necessidades daquela concreta vítima intervencionada.

Embora o Estatuto da Vítima tenha consagrado este princípio da forma lata e abrangente, para minorar os efeitos da violência¹¹ diária que tem diferentes visibilidades de acordo com as camadas sociais visadas, e para a qual há menor tolerância social e legal, apenas a montante, com a adoção de políticas económicas e sociais que promovam a igualdade social e uma espécie de “social engineering”¹², tal objetivo poderia vir a ser de alguma forma atingido.

2 – Respeito pela dignidade pessoal da vítima e respeito integral da sua vontade

O Estatuto assegura à vítima, em todas as fases e instâncias de intervenção, antes, durante e após a instauração e duração do processo penal - pois o Estatuto não se aplica apenas na fase processual - tratamento com respeito pela sua dignidade pessoal. Este princípio programático - com inúmeras aplicações práticas - entronca no princípio basilar de todo o Estado de Direito, o respeito pela dignidade da pessoa humana¹³.

igualdade de tratamento de facto. Para não existir discriminação basta que se verifique uma adequação positiva dos meios adotados aos fins prosseguidos.

¹¹ Para uma abordagem histórico-filosófica da violência, v., entre outros, Carlos Alberto Poiares, “Violentamente Sobrevivendo”, Themis, ano IV, n.º 6, 2003, pp. 19-27 e João Luís de Moraes Rocha, “Perigosidade, Violência: da Reinserção à Incapacitação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, abril-junho 2002, pp. 265 ss. Especificamente sobre a realidade portuguesa veja-se o estudo de Nelson Lourenço e Manuel Lisboa, *Representações da Violência: percepção do grau, da frequência, das causas e das medidas para diminuir a violência em Portugal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1992.

¹² O Plano Nacional contra a Violência Doméstica, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 55/99, de 15 de junho, afirma que “[n]ão se pode ignorar que a violência está presente desde os primórdios da vida humana e que é o seu domínio que torna possível as sociedades. É neste momento que a norma jurídica intervém estabelecendo direitos e valorando factos e comportamentos”.

¹³ V., desde logo, Castanheira Neves, *Curso de Introdução ao Direito*, policopiado, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1972.

No Acórdão TJUE (grande secção), de 16 de junho de 2005, C-105/03 (Maria Pupino), o tribunal aplicou o princípio da interpretação conforme, pelo qual o juiz nacional deve interpretar a norma interna de acordo com a norma comunitária, nomeadamente o artigo 2º da Decisão- Quadro do Conselho de 2001 /220/JAI de 15-3, que obrigava os Estados- Membros a garantir que as vítimas sejam tratadas durante os atos judiciais com o devido respeito pela sua dignidade pessoal, bem como o artigo 9º que garantia às vítimas mais vulneráveis proteção perante as consequências decorrentes de ter que depor em Processo Penal¹⁴.

O respeito da dignidade da pessoa humana¹⁵ da vítima, para além do tratamento com dignidade, implica também o necessário respeito pela vontade desta.

O respeito integral da vontade da vítima está expressamente previsto no artigo 5º do Estatuto da Vítima pela limitação da intervenção sobre a vítima ao respeito da vontade daquela, mas salvaguardando as demais disposições da legislação penal e processual penal pois situações há em que a vontade da vítima é suplantada pelos interesses comunitários e finalidade do Processo Penal em ver punidos os agentes do crime. Concretiza-se em toda a sua dimensão na intervenção de apoio à vítima, pois apenas pode ser iniciada se esta der o seu consentimento, e um consentimento inteiramente livre, após ter sido devidamente

¹⁴ Como escreve Josep M.Tamarit Sumalla, “[a] partir de este precedente se han ido superando las reticencias otrora existentes en amplios sectores doctrinales y jurisprudenciales a una interpretación progresiva del derecho interno que se fundamenta en la idea de que el reconocimiento de un ámbito de derechos de la víctima es compatible con el respeto a garantías jurídicas básicas, como el derecho a un juicio equitativo” – cf. Josep M.Tamarit Sumalla, “Los Derechos de las Víctimas”, in Josep M.Tamarit Sumalla, (coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos*, Tirant o Blanch, Valencia, 2015, p. 20. Com efeito, como analisa Alessandra Silveira, “Em suma, o TJUE decidiu que os art.ºs 2º, 3º, e 8º, nº4 da Decisão- Quadro 2001/220 enunciam o objectivo de assegurar às vítimas particularmente vulneráveis um tratamento específico/ adaptado à sua situação...”- Alessandra Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia*, 2ª edição atualizada e ampliada, Lisboa, Quid Juris, 2011, p 162.

¹⁵ Relativamente a um particular tipo de vítima, a vítima de violência doméstica, já a partir dos anos 70 com os movimentos feministas se processou um entendimento da questão como “un problema de derechos humanos que tiene su origen en la estructura misma de la sociedad” - Elizabeth Guerrero Caviedes, *Violencia contra las mujeres en america latina y el caribe español 1990-2000: balance de una decada*, Isis Internacional/Unifem, Santiago de Chile, 2000, disponível em <https://www.google.pt/search?q=Elizabeth+Guerrero+Caviedes%2C+Violencia+contra+las+mujeres+en+america+latina+y+el+caribe+espa%C3%B1ol+1990-2000%3A+balance+de+una+decada%2C+Isis+Internacional%2FUnifem%2C+Santiago+de+Chile%2C+2000&oq=Elizabeth+Guerrero+Caviedes%2C+Violencia+contra+las+mujeres+en+america+latina+y+el+caribe+espa%C3%B1ol+1990-2000%3A+balance+de+una+decada%2C+Isis+Internacional%2FUnifem%2C+Santiago+de+Chile%2C+2000&aqs=chrome..69i57.352j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8> (última consulta a 1-9-2017), p. 4.

esclarecida das consequências do ato. De igual forma, pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

Trata-se da defesa dos direitos de personalidade constitucionalmente consagrados e cruciais para os investigadores e instâncias formais de controlo não perderem de vista durante a investigação. Podem mesmo opor-se aos interesses desta uma vez que haverá que realizar caso a caso uma concordância prática dos mesmos.

Se a vítima não estiver em condições de prestar o consentimento livre e esclarecido para a intervenção para sua proteção, esta apenas pode ser realizada em benefício direto da vítima-artigo 7º, nº3 do Estatuto. Mesmo fora do âmbito do Processo Penal - eis aqui outra manifestação de que a aplicação do Estatuto da Vítima está muito aquém e muito além do processo-crime.

Nos casos de incapacidade temporária ou permanente que impeçam a vítima maior de idade de dar o consentimento à intervenção, tem de ser tomada a devida autorização ou assistência de pessoa designada nos termos da lei. E a vítima deve participar no processo de autorização na medida em que o possa fazer. De igual forma no caso de vítima menor de idade, se não estiver ou não puder estar¹⁶ representada pelos titulares das responsabilidades parentais, deve ser nomeado um representante ao menor nos termos do disposto no artigo 11º do CPC, por remissão do artigo 4º CPP e artigo 7º, nº6 do Estatuto da Vítima.

É o próprio Estatuto a salvaguardar os procedimentos de urgência previstos nos artigos 91º e 92º da Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo¹⁷.

3 – Direito à proteção (integridade física), respeito pela sua vida privada (sigilo de informações) e acesso equitativo aos cuidados de saúde.

¹⁶ Por existir conflito de interesses entre os da vítima menor e os daqueles titulares das responsabilidades parentais.

¹⁷ Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, alterada pelas Leis n.ºs 31/2003, de 22 de agosto; 142/2015, de 8 de setembro e 23/2017, de 23 de maio.

No artigo 6º do Estatuto é consagrado o princípio da confidencialidade, estipulando-se que os serviços de apoio à vítima asseguram o respeito pela sua vida privada, garantindo o sigilo das informações que esta prestar. Constitui, *ipsis verbis*, a cópia do artigo 8º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro.

O Estatuto consagra, nos artigos 15º a 25º e 27º, medidas concretas para proteção física das vítimas de crime, como a garantia da sua segurança em caso de ameaça séria de represálias e situações de revitimização ou indícios fortes de que a sua privacidade possa ser perturbada. Tal proteção física também é assegurada aos seus familiares – artigo 67º- A, n.º 1, al. c), do CPP.

É determinado o evitamento de contactos entre a vítima e seus familiares e, por outro lado, os suspeitos ou arguidos, em todos os locais onde sejam convocados para realização de diligências processuais. Esta norma, presente no artigo 15º do Estatuto, também tem a mesma redação do artigo 20º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, embora o legislador tenha aproveitado para alargar o âmbito da proteção aos familiares da vítima elencados no artigo 67º-A, nº1, alínea c), do CPP. Este facto é de saudar, desde que relativamente àqueles também existam fortes indícios de que a sua privacidade possa ser perturbada ou de que existe ameaça séria de represálias ou de situações de revitimização, sem embargo da proteção que o regime especial de testemunhas já confere aos familiares das vítimas.

O juiz, ou o Ministério Público em fase de inquérito, como *dominus* do inquérito, pode determinar que seja prestado apoio psicossocial à vítima desde que seja respeitada a autonomia da sua vontade.

De forma a evitar que seja novamente vitimizada, o Estatuto da Vítima prevê expressamente que a vítima tem o direito a ser ouvida em ambiente informal e reservado, e evitar-se que sofra pressões. Também a sua inquirição e eventual sujeição a exame médico devem ter lugar logo após a aquisição da notícia do crime por qualquer meio, e apenas se estritamente necessária para as finalidades do inquérito. De igual forma, e com a mesma finalidade, deve ser evitada a todo o custo a sua repetição. Estas medidas consagradas no Estatuto da Vítima, visam diretamente a prevenção da vitimização secundária, pretendendo,

se, pois, evitar que a vítima de delito veja a sua privacidade e liberdade postas em causa por causa do crime, agora pelas próprias instâncias de controlo, ao lidarem com a investigação e precisarem de evocar todo o teor dos acontecimentos que tiveram lugar, revivendo os sentimentos de humilhação, dor e culpa que o crime lhes causou. Até à entrada em vigor do Estatuto da Vítima apenas as vítimas de violência doméstica beneficiavam destas ações de proteção.

Os gabinetes de atendimento à vítima, em qualquer serviço dos órgãos de polícia criminal têm de ser dotados de condições de privacidade para proteção da vítima, transmitindo-lhe todas as informações necessárias.

Os cidadãos residentes noutro Estado- Membro e vítimas de crimes praticados em Portugal têm o direito à recolha imediata do seu depoimento após apresentação da denúncia à autoridade competente, e, na medida do possível, à audição por videoconferência e teleconferência para prestação de depoimento. No entanto, este direito tem de se conjugar com as normas de cooperação internacional penal pelo que não podia o Estatuto prevê-lo senão da forma vaga e abstrata em que o fez¹⁸.

Pelo contrário, aos cidadãos residentes em Portugal, e vítimas de crimes noutros Estados-Membros, o Estatuto da Vítima assegura-lhes a possibilidade de apresentarem denúncia junto das autoridades nacionais portuguesas sempre que não tenham tido a possibilidade de o fazer no Estado- Membro onde foi cometido o crime. Posteriormente, as autoridades nacionais devem transmiti-la de forma célere às autoridades do local da prática do crime de acordo com as normas de cooperação internacional penal.

O Estatuto da Vítima prevê no seu artigo 15º um nível adequado de proteção à mesma e aos seus familiares (se o necessitarem), entendendo-se por estes o cônjuge da vítima, ou pessoa que com a mesma convivesse em condições análogas às dos cônjuges, os seus parentes

¹⁸ Na verdade, o exercício desse direito da vítima fica dependente da existência de condições técnicas para recolha do respetivo depoimento no país da sua residência e da boa vontade das entidades judiciárias desse mesmo país. Assim, cf. artigo 2º, n.º 2, da Lei nº 144/99, de 31 de agosto (Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal): “O presente diploma não confere o direito de exigir qualquer forma de cooperação internacional em matéria penal”.

em linha reta (filhos e pais) os irmãos e as pessoas economicamente dependentes da vítima, todos elencados no artigo 67º-A, nº1, alínea c) do CPP, aditado aquando da criação do Estatuto da Vítima.

Alguns destes familiares também são considerados pela lei vítimas, para os efeitos que adiante abordaremos, beneficiando desde logo do referido Estatuto: são eles o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens, ou pessoa que com a mesma convivesse em condições análogas às dos cônjuges, ou os descendentes e os ascendentes, mas qualquer deles apenas se preencherem o requisito de terem sofrido um dano com a morte- e excetuando o autor dos factos que provocaram a mesma.

Esta proteção passará pela garantia da segurança e salvaguarda da sua vida privada, sempre que as autoridades competentes - policiais ou judiciárias - considerem que existe uma ameaça séria de represálias e situações de revitimização ou fortes indícios de que essa privacidade possa ser perturbada.

De igual forma, o contacto entre as vítimas e seus familiares e os suspeitos ou arguidos deve ser evitado em todos os locais que impliquem a presença de uns e outros, nomeadamente, nos edifícios dos tribunais, no âmbito da realização de diligências processuais. O CPP refere-se-lhe no artigo 139º, n.º 1, quando dispõe que têm aplicação em processo penal todas as imunidades e prerrogativas estabelecidas na lei quanto ao dever de testemunhar e ao modo de prestar o depoimento. Bem como no n.º 2 do referido artigo se faz referência à proteção de testemunhas e outros intervenientes processuais contra formas de ameaça, pressão ou intimidação, sendo tal regulada em lei especial. Esta é uma clara remissão para a Lei n.º 93/99, de 14 de julho (que regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal), para a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, e agora, para o Estatuto da Vítima.

No artigo 352º do CPP já se encontrava previsto o afastamento do arguido da sala de audiência durante a prestação de declarações, mas apenas para situações muito específicas, nomeadamente no caso de haver razão para crer que a presença do arguido inibiria o declarante de depor com verdade, o declarante for menor de 16 anos, uma criança, e houver

razões para crer que prestar declarações na presença do arguido o pudessem prejudicar gravemente, e no caso de ser ouvido perito e houver razão para crer que tal pudesse prejudicar gravemente a integridade física ou psíquica do arguido. Nesta última circunstância, o arguido não é inteirado do que se passou na sua ausência ao regressar à sala, como acontece nas restantes situações, sob pena de nulidade processual - artigo 352º, nº2 e 332º, n.º 7 do CPP.

É ainda consagrado o direito da vítima a que lhe seja assegurado apoio psicossocial, se o juiz, ou o MP na fase de inquérito, o julgar imprescindível à sua proteção, dado o grande abalo emocional a que as formas violentas de crime sujeitam aquela, e se esta der o seu consentimento. Naturalmente, não é este um direito que se consiga concretizar ao arrepio da vontade da própria vítima.

O Estatuto da Vítima prevê que este regime de proteção genérica aplicável a todas as vítimas de crime não prejudica a aplicação do regime especial de proteção de testemunhas, com particular incidência para a proteção dos familiares da vítima, conforme estipula o artigo 15º do Estatuto.

A este respeito foi ainda publicada a Lei nº 71/2015, de 20 de julho, que estabelece o regime jurídico da emissão e transmissão entre Portugal e os outros Estados-Membros da União Europeia de decisões que apliquem medidas de proteção, e transpõe a Diretiva n.º 2011/99/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à decisão europeia de proteção.

No entanto, é a própria lei que exclui do seu âmbito as medidas de proteção adotadas em matéria civil e a proteção de testemunhas em processo penal.

Na verdade, dispõe no seu artigo 4º que só pode ser emitida uma decisão europeia de proteção quando tiver sido previamente adotada no Estado de emissão uma medida de proteção que imponha à pessoa causadora de perigo uma ou mais das seguintes proibições: proibição de entrar em certas localidades, lugares ou zonas definidas, proibição ou restrição de contacto sob qualquer forma com a pessoa protegida ou proibição ou regulação da aproximação à pessoa protegida a menos de uma distância prescrita.

O Estatuto da Vítima prevê ainda para as vítimas que em avaliação¹⁹ individual venham a ser consideradas especialmente vulneráveis²⁰ por necessitarem de medidas especiais de proteção, uma proteção reforçada, sendo-lhes entregue no ato documento comprovativo da atribuição do estatuto de vítima especialmente vulnerável, onde constem os seus direitos e deveres, nomeadamente: o seu direito a alojamento temporário em estruturas de acolhimento apoiadas pelo Estado se no âmbito da avaliação individual das necessidades da vítima tal se impuser; assistência pelos serviços de saúde integrados no Serviço Nacional de Saúde (SNS) na área da estrutura de acolhimento onde forem inseridas, em vez dos serviços de saúde da sua área de residência, por comodidade e para melhor preservar a sua privacidade; isenção do pagamento das taxas moderadoras no âmbito do SNS nos termos a regulamentar por Portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde; proibição dos órgãos de comunicação social identificarem ou transmitirem elementos, sons ou imagens que permitam a identificação de vítimas crianças ou jovens, ou ainda outras pessoas especialmente vulneráveis. Sob pena de os agentes dos referidos órgãos de comunicação social incorrerem na prática do crime de desobediência.

¹⁹ Com interesse veja-se Carla Machado, "Psicologia Forense: desenvolvimentos, cientificidade e limitações", RMP, nº 106, abril/junho 2006, pp. 8 e 9: "[u]ma dificuldade, essa um pouco mais complexa, reside na possibilidade de estabelecer um nexo de causalidade entre o estado mental identificado na vítima e a situação de vitimação de que aquela foi alvo, de modo a poder afirmar, com razoável grau de certeza, perante o Tribunal, que o dano psíquico observável foi, efectivamente, causado pela agressão criminal sofrida. Ainda que vários instrumentos de avaliação psicológica possam contribuir para que esta causalidade seja, com razoável certeza, estabelecida em muitos casos, poderá haver alguns em que é mais difícil traçar tal relação, sobretudo se a avaliação forense for pedida sem ter sido ainda concludentemente provada a existência do crime e se a avaliação tiver que ser realizada com excessiva celeridade, impedindo um conhecimento aprofundado da vítima".

²⁰ A própria lei processual penal passou a estabelecer no artigo 67º-A, n.º 3, a presunção legal de que as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis. Esta presunção *iure et de iure* apenas pode ser ilidida mediante prova em contrário. Assim, temos de conjugar esta norma com as definições legais de criminalidade violenta e especialmente violenta plasmadas no artigo 1º, alíneas j) e l), do CPP: as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos, para a primeira, e de máximo igual ou superior a 8 anos para a segunda. Consagrando o Estatuto a exigência de uma avaliação individual para apurar se a vítima deve ou não beneficiar do estatuto de vítima especialmente vulnerável, pode resultar da avaliação individual dessas vítimas a elisão da presunção legal se na avaliação individual se apurar que a vítima não tem especial fragilidade apesar de ter sofrido crime violento ou especialmente violento, da sua idade, do seu estado de saúde ou deficiência, ou de apesar do grau e duração da vitimização não terem resultado lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social. Pois o pior que poderia acontecer seria a banalização da atribuição deste estatuto de especial vulnerabilidade.

A vítima especialmente vulnerável tem ainda o direito a prestar os seus depoimentos e declarações através de videoconferência ou teleconferência quando se verificarem os seguintes dois requisitos: impliquem a presença do arguido e se tal se revelar necessário para garantir a prestação de declarações ou de depoimento sem constrangimentos.

É ainda acompanhada na prestação dos depoimentos e declarações por técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado pelo Ministério Público ou pelo tribunal. O Estatuto não prevê consequências para a omissão de tal formalidade, pelo que teremos de as pensar no âmbito das previstas nos artigos 119º e seguintes do CPP; ou seja, como uma mera irregularidade a ser arguida no próprio ato já que não se encontra prevista e consagrada expressamente como nulidade - artigo 120º do CPP.

A vítima especialmente vulnerável tem ainda a prerrogativa de requerer ao juiz a sua inquirição para memória futura no inquérito, de forma a que o seu depoimento possa ser tomado em conta no julgamento. Também o Ministério Público o pode requerer ao juiz de instrução. Os requisitos de deferimento são os previstos no artigo 271º do CPP²¹.

A tomada de declarações tem de ser efetuada através de registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios quando aqueles não estiverem disponíveis, o que deverá ficar a constar expressamente do auto.

²¹ As declarações para memória futura gozam de formalismos muito diferentes da audiência de julgamento: ausência total de publicidade, só o Ministério Público e o juiz conhecem a totalidade dos atos de inquérito que estejam em segredo de justiça, a inquirição é sempre realizada pelo juiz, limitado quanto ao seu poder investigatório pois não é o juiz do julgamento. Cf. Acórdão do TRL de 11-1-2012, disponível em www.dgsi.pt (última consulta a 20-4-2017): “... as declarações para memória futura passaram a poder ter igualmente lugar para protecção de vítimas de determinados crimes. A partir de 1998 dos crimes sexuais e, a partir de 2007, dos crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual (...) o artigo 28º, nº2 da Lei de Protecção de Testemunhas em Processo Penal, ao estabelecer que «sempre que possível, deverá ser evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, podendo ainda ser requerido o registo nos termos do artigo 271º do Código de Processo Penal», veio alargar ainda mais o âmbito de aplicação deste preceito. (...) Admite o artigo 33º da Lei nº 112/2009 de 16-9 que a vítima de violência doméstica possa prestar declarações para memória futura e não se estabelecendo a obrigatoriedade da prática desse acto, importa procurar na lei um critério que permita determinar os casos em que ele deve ter lugar. XII- Esse critério há-de resultar de uma ponderação entre o interesse da vítima de não ser inquirida senão na medida do estritamente indispensável à consecução das finalidades do processo e o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça”.

De resto, para além das normas previstas no artigo 271º do CPP, aplicáveis, só é prestado novo depoimento em audiência de julgamento se este, para além de indispensável à descoberta da verdade, não puser em causa a saúde física ou psíquica da pessoa que o deva prestar. O que representa uma proteção reforçada a estas vítimas já de si particularmente fragilizadas, para serem desde logo sinalizadas na avaliação individual no início do processo-crime, com o estatuto de especialmente vulneráveis. E vem alargar a proteção a vítimas de outros crimes, para além dos menores vítimas de crimes sexuais, ou das vítimas de tráfico de pessoas que se encontravam previstas no artigo 271º, nº1, do CPP.

O Estatuto da Vítima destaca no grupo das vítimas especialmente vulneráveis as crianças vítimas²² no seu artigo 22º, dado o estatuto de menoridade destas vítimas permitir muitas vezes atropelos aos seus direitos. Estatui-se o direito de serem ouvidas, tomando-se para o efeito em consideração a sua idade e maturidade. Embora estes critérios sejam essenciais para aferir da credibilidade dos relatos das crianças vítimas, os estudos demonstram que a tendência das crianças para a efabulação consiste mais num mito do que em verificações reais e efetivas em processos concretos²³.

²² Cf. Acórdão TJUE, de 16 de junho de 2005, Processo C-105/03 (Maria Pupino), onde se analisou que “Os artigos 2º, 3º e 8º, nº4 da Decisão- Quadro nº 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, devem ser interpretados no sentido de que o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade que, como no processo principal, aleguem ter sido vítimas de maus tratos, prestem o seu depoimento segundo modalidades especiais que permitam assegurar a estas crianças um nível adequado de protecção, por exemplo sem ser na audiência pública e antes da sua realização”. E relativamente à atribuição do estatuto de vítimas particularmente vulneráveis: “A decisão- quadro não define quais as vítimas que são particularmente vulneráveis na aceção dos artigos 2º, nº2, e 8º, nº4. Porém, independentemente da questão de saber se a circunstância de a vítima de uma infracção penal ser menor é suficiente, em geral, para a qualificar como particularmente vulnerável na aceção da decisão-quadro, é incontestável que quando, como no processo principal, crianças de tenra idade aleguem ter sido vítimas de maus tratos, para cúmulo por parte de uma educadora de infância, essas crianças devem ser qualificadas como tal, considerando, nomeadamente a sua idade, bem como a natureza e as consequências das infracções de que alegam ter sido vítimas, com vista a beneficiar da protecção específica exigida pelas referidas disposições da decisão-quadro”.

²³ Sobre o tema, v., entre outros, Marceline Gabel (coord.), *Crianças vítimas de abuso sexual*, 2ª edição, São Paulo, Summus editorial, 1997; Manuel Ferreira Antunes, *Psicologia Judiciária*, Petrony Editora, 2013, especialmente p. 153 e ss.; Helena Bolieiro, “A criança vítima: necessidades de proteção e articulação entre intervenções”, *Julgar*, nº 12 especial, 2010, p. 147; Rui do Carmo, Isabel Alberto e Paulo Guerra, *O abuso sexual de menores, uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, Almedina, 2002, p. 79; Rui Abrunhosa Gonçalves, Carla Machado, “Abuso sexual de menores: intervenção nas vítimas e nos agressores”, *Revista do Ministério Público*, nº106, abril/junho 2006, p. 26.

O acompanhamento das crianças vítimas durante a prestação dos depoimentos por pais, representantes legais ou guardiões de facto é admitido quando se verifique não existir conflito de interesses entre a criança e aqueles, de forma a impedir a intimidação das crianças e fomentar a prestação de um depoimento completo, sincero e espontâneo.

A nomeação de patrono à criança vítima, realizada nos termos da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho²⁴ (Lei de Apoio Judiciário), é obrigatório quando exista o conflito de interesses entre os da criança e os dos pais, representantes legais ou guardiões de facto. De igual forma, é obrigatória a nomeação de patrono se a própria criança o solicitar ao tribunal, sendo certo que se exige a “maturidade adequada”, com o que se pretende obviar a excessos interpretativos, como a nomeação de patrono a pedido de crianças que não têm ainda capacidade de apreender as implicações do pedido.

O Estatuto da Vítima cria ainda a presunção de que a vítima é uma criança para lhe ser aplicado o presente regime de proteção especial quando a sua idade seja incerta e existam motivos mais ou menos óbvios para acreditar que estamos em presença de uma criança.

Todas estas medidas pretendem evitar que o próprio sistema vitimize novamente os menores que foram sujeitos a um ato ilícito típico. A propósito, como bem denotava Rui do Carmo²⁵: “[n]o processo penal não se tem conseguido alcançar a concordância prática entre as garantias de defesa do arguido e o superior interesse da criança e do jovem, e o regime das declarações para memória futura, tal como se encontra hoje regulamentado, continua a ser uma fonte de vitimação secundária, mas também insuficiente do ponto de vista das garantias de defesa do arguido”.

À repetição do depoimento da criança no julgamento não é estranho o pré-conceito de que a criança tem menor capacidade para depor e uma maior porosidade às influências externas e à fantasia. Não obstante, como bem esclarece Catarina Ribeiro²⁶, “[a] qualidade da

²⁴ Alterada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto.

²⁵ Rui do Carmo, *Revista do Ministério Público*, n.º 120, Out/Dez 2009, ano 30, p. 277.

²⁶ Catarina Ribeiro, *A Criança na Justiça*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 119; Maria Clara Calheiros, *Para uma teoria da prova*, Cejur/Coimbra Editora, 2015, p. 164; Ana Sacau, “A Prova por declarações da vítima menor de idade: as especiais exigências de proteção da vítima e a descoberta da verdade”, *Revista do CEJ*, 1º semestre, 2011, n.º 15, pp. 317 e ss.

participação da criança no processo depende muito mais da abordagem dos adultos, do acolhimento que é prestado, das dinâmicas da vitimização e da instabilidade emocional decorrente da alteração da estrutura familiar, do que da simples dificuldade de distinguir verdade e mentira”.

4 – Indemnização e restituição de bens

O Estatuto da Vítima reconhece finalmente no artigo 16º a toda a vítima de crime o direito a uma decisão relativa a indemnização em processo penal por parte do responsável pelo crime, dentro de um prazo razoável, bem como o imediato exame e restituição dos bens pertencentes à vítima que sejam apreendidos em processo penal, a não ser que tenham que ser mantidos no processo para prova do crime ou possam ser declarados perdidos a favor do Estado - artigo 109º do CP. Este artigo 16º tem a mesma redação do artigo 21º da Lei 112/2009, de 16 de setembro, que estabelecia tal direito apenas para as vítimas de violência doméstica.

O CPP sofreu a introdução pela Lei n.º 59/98, de 15 de agosto, da disposição do artigo 82º-A sob a epígrafe “Reparação da Vítima em Casos Especiais”, em que o legislador retoma a faculdade do tribunal arbitrar oficiosamente uma reparação à vítima²⁷ em processo penal se verificados os seguintes pressupostos: não tenha sido deduzido pedido de indemnização civil, no processo ou em separado, e as condições da vítima sejam de tal forma precárias que revelem dificuldades muito graves em consequência dos danos sofridos com a prática do crime. Esta norma aplica-se mesmo em caso de processo sumaríssimo - artigo 393º do CPP. Em caso de exceção ao princípio da adesão, o arbitramento oficioso não preclui o direito de propor ação de indemnização. Mas a quantia arbitrada é tida em conta na decisão que venha a conhecer do pedido de indemnização, para evitar uma dupla fixação pelos mesmos danos.

Ora, o Estatuto da Vítima vem reforçar e densificar estas particulares exigências de proteção da vítima ao dispor que há sempre lugar ao arbitramento oficioso previsto no artigo 82º-A do CPP sempre que as vítimas em questão sejam especialmente vulneráveis. Só assim

²⁷ Note-se que a reparação não é para o ofendido ou para o lesado, mas a própria lei especifica a vítima do crime como a beneficiária da indemnização.

não será se a vítima expressamente se opuser ao arbitramento oficioso de indemnização, num assomo do princípio do respeito integral da autonomia da vontade da vítima.

De igual forma resulta consagrada no Estatuto a possibilidade de as despesas da vítima resultantes da sua intervenção no processo penal serem reembolsadas²⁸ nos termos estabelecidos na lei e em função da posição processual que ocupe no caso concreto.

Como acima já foi explicitado, é conferido o estatuto de vítima antes, durante e após o processo penal, aos familiares²⁹ da pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime quando estes familiares tenham sofrido um dano em consequência dessa morte-patrimonial ou não patrimonial. Trata-se do cônjuge sobrevivente não separado judicialmente, ou a pessoa que convivesse com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, ascendentes e descendentes da vítima, com exceção do autor dos factos que provocaram a morte. Estes familiares podem, se lhes for conferido esse estatuto, deduzir pedido de indemnização civil para serem ressarcidos pelo autor dos factos, dos seus danos sofridos enquanto vítimas, a par com os restantes direitos conferidos pelo Estatuto da Vítima e pelo próprio artigo 67º-A do CPP e legislação avulsa.

Existe ainda um regime específico em legislação avulsa, a Lei n.º 104/2009 de 14 de setembro³⁰, que aprova o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica. Este regime confere às vítimas de atos de violência que tenham sofrido danos graves para a sua saúde física ou mental o direito à concessão de um adiantamento da indemnização pelo Estado – ainda que não se tenham constituído assistentes ou não possam vir a fazê-lo, e mesmo que a identidade do autor dos atos de violência não seja conhecida ou ele não possa ser acusado ou condenado. Mas têm que se verificar ainda três requisitos cumulativos: que a lesão tenha provocado uma incapacidade permanente, uma incapacidade temporária e absoluta para o trabalho de, pelo menos, trinta dias, ou a morte; o

²⁸ Josep M. Tamarit Sumalla, “La Reparación y el apoyo a las víctimas”, in Josep M. Tamarit Sumalla (coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos*, Tirant lo Blanch tratados, 2015, pp. 305 e ss.

²⁹ A propósito da indemnização de familiares por morte de sujeito imputada a ato ilícito e culposo ou à esfera de risco de um terceiro, veja-se Guilherme Cascarejo, *Danos Não Patrimoniais dos Familiares da Vítima de Lesão Corporal Grave*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 17 e ss.

³⁰ Alterada pela Lei n.º 121/2015, de 1 de setembro.

facto tenha provocado uma perturbação considerável ao nível da qualidade de vida da vítima ou, no caso de morte, do requerente; e não tenha sido obtida efetiva reparação do dano em execução de sentença condenatória relativa a pedido deduzido nos termos dos artigos 71º a 84º do CPP, ou, se for razoavelmente de prever que o delinquente e responsáveis civis não venham a reparar o dano, sem que seja possível obter de outra fonte uma reparação efetiva e suficiente.

Importa notar que as pessoas que auxiliaram voluntariamente a vítima ou colaboraram com as autoridades na prevenção da infração, na perseguição ou detenção do delinquente, também são titulares deste direito ao adiantamento da indemnização, desde que se verifiquem os requisitos elencados no parágrafo anterior: a lesão tenha provocado incapacidade, o facto tenha provocado uma perturbação considerável da qualidade de vida do requerente e não tenha sido obtida reparação efetiva do dano ou seja de prever que o dano não venha a ser reparado. Este adiantamento da indemnização às pessoas que auxiliaram a vítima ou as autoridades não depende da concessão de indemnização à própria vítima, se esta não reunir as condições para tal.

A lei apenas prescinde do requisito da incapacidade provocada pela lesão consequência da conduta criminosa em caso de ato de violência que configure um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual ou contra menor, se existirem circunstâncias excecionais e devidamente fundamentadas que o aconselhem.

O adiantamento da indemnização fica excluído quando o dano tenha sido causado por um veículo terrestre a motor ou sejam aplicáveis as regras de acidentes de trabalho ou em serviço.

De igual forma o adiantamento da indemnização pode ser reduzido ou excluído tendo em conta a conduta da vítima, ou do requerente da indemnização, mesmo que antes ou após os factos, ou tendo em conta as suas relações com o autor, o seu meio, ou quando aquela se mostre contrária ao sentimento de justiça ou à ordem pública. Por aqui se comprova a intenção de com este diploma introduzir um princípio de justiça material, indemnizando a vítima ou o mero lesado com a conduta criminosa quando tal se afigura ao sentimento da comunidade como um imperativo de justiça.

A indemnização é fixada em termos de equidade, sendo levada em consideração para a sua fixação os limites máximos legalmente fixados por lesado e por facto criminoso, bem como toda e qualquer quantia recebida de outra fonte, nomeadamente do próprio delinquente ou da Segurança Social.

A indemnização por lucros cessantes tem como referência as declarações fiscais de rendimentos da vítima relativas aos três anos anteriores à prática dos factos ou, na sua falta, tomando-se por base um rendimento não superior à retribuição mínima mensal garantida.

Não tendo sido conferida indemnização no processo penal por facto imputável em exclusivo ao requerente, o adiantamento da indemnização a conceder pelo Estado é reduzido a metade.

Podem ainda ser conferidas às vítimas medidas de apoio social e educativo, bem como terapêuticas adequadas à recuperação física, psicológica e profissional, em cumprimento das demais disposições legais aplicáveis, e no quadro de protocolos a celebrar entre a Comissão de Proteção às Vítimas de Crimes (CPVC) e entidades públicas e privadas pertinentes em razão da matéria.

Prevê-se neste diploma uma norma excecional para as vítimas de violência doméstica a quem se confere o direito à concessão do adiantamento da indemnização pelo Estado apenas com os seguintes requisitos: estar em causa um crime de violência doméstica praticado em território nacional, previsto no artigo 152º, n.º1, do CP; e a vítima incorrer em situação de grave carência económica em consequência do mesmo.

Esta norma tem de ser conjugada com o disposto no artigo 21º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que obriga ao arbitramento de uma indemnização à vítima em caso de condenação pelo crime de violência doméstica, ou porque a vítima a pediu ou porque não se opôs ao seu arbitramento. A jurisprudência tem-se manifestado no sentido da nulidade da decisão condenatória que não se pronuncia sobre tal questão³¹, parecendo-nos que não se exime a

³¹ Cf., entre outros, Acórdãos do TRC de 28-5-2014 e de 2-7-2014, disponíveis em www.dgsi.pt (última consulta a 20-4-2017).

decisão à irregularidade do seu conhecimento oficioso sem o cumprimento prévio do contraditório.

O montante do adiantamento é determinado segundo um juízo de equidade e concedido com a séria probabilidade de verificação dos pressupostos da indemnização. Excecionalmente, em casos de especial carência de meios de subsistência, pode o montante do adiantamento ser concedido numa única prestação.

Para receber o adiantamento da indemnização por parte do Estado, a vítima ou o terceiro que a auxiliou ou colaborou com as autoridades, ou ainda o familiar com direito a alimentos, tem de apresentar requerimento à Comissão de Proteção às Vítimas de Crimes (CPVC) no prazo de um ano a contar da data do facto, sob pena de caducidade do direito. Ou um ano após atingir a maioridade ou ser emancipado, se se tratar de requerente menor à data da prática dos factos.

Mas, como todo o diploma se mostra imbuído de um princípio de justiça material, também esta norma é caldeada pela possibilidade de o Presidente da Comissão prorrogar os prazos expirando estes um ano após a decisão que lhe põe termo. Ou até de relevar o efeito da caducidade - o que se revela assaz surpreendente - quando o requerente alegue razões que justifiquem e tenham obstado à apresentação do pedido em tempo útil.

O comprovativo do adiantamento da indemnização tem força executiva própria e serve de suporte à execução instaurada, sendo que a decisão de concessão da indemnização e fixação do respetivo montante tem que ser instruída no prazo máximo de um mês para ser deliberada pela Comissão referida.

Esta lei é aplicável aos factos ilícitos considerados crimes violentos para a mesma, ou crime de violência doméstica, praticados fora do território português contra portugueses ou cidadãos de Estados-Membros da União Europeia com residência habitual em Portugal, desde que não tenham direito a indemnização no território da produção do dano. Também se aplica aos factos praticados no território de um outro Estado-Membro na medida em que o pedido de concessão de indemnização a pagar por aquele Estado pode ser apresentado à

Comissão, que informará e auxiliará o requerente, providenciando a sua audição ou de outra pessoa se houver necessidade, e colaborará com a autoridade competente do Estado-Membro em cujo território foi praticado o crime.

5 – Princípio e direito à informação

O Estado da Vítima assegura a esta a prestação de informação³² adequada à tutela dos seus direitos nos termos dos artigos 11º e 12º do referido Estatuto, que correspondem aos artigos 15º e 17º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, mas agora mais ampliados e precisos.

A vítima de lesões corporais graves resultantes de atos intencionais tem de ser informada de que pode requerer à Comissão de Proteção às Vítimas de Crimes a concessão de adiantamento de uma indemnização nos termos da Lei nº 104/2009, de 14 de setembro, se verificados os requisitos aí constantes no artigo 2.º, n.º1, al. a) a c).

Desde o primeiro contacto com as autoridades, ainda sem proceder a qualquer denúncia, a vítima tem o direito a ser informada do tipo de serviços e organizações a que pode dirigir-se para obter apoio, o tipo de apoio disponível, onde e como apresentar a denúncia, os procedimentos subsequentes e o seu papel nos mesmos, como e em que termos pode receber proteção, as condições de acesso a consulta jurídica, apoio judiciário e outras formas de aconselhamento, os requisitos do seu direito a indemnização, condições do direito a interpretação e tradução, procedimentos para denúncia se os seus direitos não forem respeitados no contexto do processo penal, mecanismos especiais para defesa dos seus direitos se residente em outro Estado, como e em que condições pode ser reembolsada das despesas de participação no processo penal, e as condições para ter direito à notificação das decisões proferidas no mesmo.

Naturalmente que há que conjugar este princípio com o direito à proteção e adequação às reais especificidades de cada vítima. Assim, a informação variará consoante as circunstâncias

³² Mercedes Serrano Masip, “Los Derechos de Información”, in Josep M. Tamarit Sumalla (coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos*, Tirant lo Blanch tratados, 2015, p. 69: “Los derechos de información de las víctimas tienen, como se ha explicado en el Capítulo I de esta obra, un fundamento que entronca con la dignidade humana ...”.

pessoais da vítima em extensão e grau de detalhe, bem como consoante as específicas necessidades da situação em que cada vítima se encontre.

A natureza do crime também pode implicar alterações na prestação de informação e seus conteúdos, atendendo às circunstâncias da investigação e à gravidade das suas consequências. A própria forma e doseamento da informação prestada, adequada a cada fase processual, deve ser ponderada e encontra-se genericamente prevista no Estatuto da Vítima em análise.

O que não impede a vítima de pedir a consulta do processo e obter cópia de peças processuais³³, mesmo que não possa obter o estatuto processual de ofendido no processo (o titular do interesse especialmente protegido pelo bem jurídico).

Se pretender ter um papel mais ativo, a lei prevê ainda o seu direito a solicitar e obter informação sobre o seguimento dado à denúncia, com decisões de arquivamento, não pronúncia ou suspensão provisória do processo, e decisões de acusação e/ou de pronúncia; local e data do julgamento, a situação processual do arguido, a sentença com, pelo menos, o resumo da fundamentação³⁴, sempre por factos que lhe digam respeito, pois não pode perder-se de vista que assim se define o interesse em agir da vítima e se limita o seu direito a ser informada. Sem embargo de outras limitações processuais previamente consagradas como o decretamento do segredo de justiça do processo quando em fase de inquérito.

Nos casos de reconhecida perigosidade do arguido, a lei sublinha a necessidade de fornecer à vítima informações sobre as decisões que afetem o estatuto do arguido, especialmente a

³³ Só assim não será se o processo se encontrar em segredo de justiça e o Ministério Público a isso se opuser por considerar que pode prejudicar a investigação ou os direitos dos participantes processuais - artigo 89º, nº1 CPP. A propósito, Margarida Santos, *A determinação do segredo de justiça na relação entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal- (in)compatibilidade com a estrutura do processo penal*, Lisboa, rei dos Livros, 2011 e Ana Mexia, "Ainda o Segredo de Justiça- uma outra perspectiva", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 24, 2014, pp. 394 e ss.

³⁴ Não se compreende inteiramente o sentido deste segmento da lei pois a fundamentação faz parte integrante obrigatoriamente da sentença, não se compreendendo que a notificação da sentença possa ser realizada apenas com um resumo da sua fundamentação, a menos que não se dê conhecimento de todo o teor da sentença.

aplicação de medidas de coação. E em caso de evasão ou libertação do detido, de imediato se tem de dar conhecimento à vítima para proteção desta.

Em contraponto com a declaração genérica que a vítima pode fazer desde o seu primeiro contacto com as autoridades, de que deseja ser notificada de todas as decisões proferidas no processo, também pode fazer declaração contrária, optando pelo seu direito a não ser informada de nenhum destes itens, desde que o CPP não obrigue expressamente a tal³⁵.

Logo no momento de apresentação da denúncia, é assegurada à vítima o direito a assistência gratuita (consulta jurídica e apoio judiciário nos termos da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, alterada pela Lei n.º 47/07, de 28 de agosto) e ainda à tradução da confirmação por escrito da denúncia que obrigatoriamente lhe tem de ser entregue, em língua que compreenda.

O Estatuto preocupa-se fundamentalmente com o facto de a vítima que não compreende o português possa compreender e ser compreendida ao efetuar a denúncia desde o primeiro contacto com as autoridades no âmbito do Processo Penal e nos trâmites posteriores do Processo Penal. Mesmo que para tal haja que nomear intérprete ou proceder à tradução de algum documento.

E reafirma a importância de considerar o grau de alfabetização, a maturidade da vítima e limitações específicas das funções mentais que afetem as suas capacidades de compreensão ou físicas, ou que afetem a sua capacidade de ser compreendida. Prevê mesmo a possibilidade de ser acompanhada de pessoa da sua escolha no primeiro contacto com as autoridades para minorar o impacto do crime nas suas capacidades.

A Decisão-Quadro de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima de Processo Penal, já previa que cada Estado-Membro devia tomar as medidas necessárias para minimizar problemas de comunicação, em condições comparáveis às aplicadas ao arguido. Fazia, assim, uma equiparação de estatutos, embora de forma muito genérica.

³⁵ Como consagrado no artigo 277º, n.º3, do CPP.

A Diretiva 2012/29/UE, por sua vez, prevê no artigo 5º, a prerrogativa de, quando a vítima não compreende a língua da autoridade competente, poder efetuar a denúncia numa língua que a vítima compreenda ou receber a assistência linguística necessária para o fazer. Bem como receber gratuitamente uma tradução da confirmação escrita da denúncia numa língua que compreenda. Este encargo económico para os Estados-Membros constitui uma medida importante para uniformizar procedimentos garantísticos para todas as vítimas em território europeu, de modo facilitar a livre circulação de pessoas no mercado único - fundamento último, agora e sempre, da União Europeia.

A confirmação escrita da denúncia tem de descrever os elementos básicos do crime em questão.

A Diretiva 2012/29/UE prevê o direito de receber informações sobre o processo a que a sua denúncia deu lugar, nomeadamente a decisão de não prosseguir ou encerrar a investigação ou de não deduzir acusação e a sentença, com um resumo da fundamentação dessas decisões, a natureza da acusação (e não o seu teor literal), data e local do julgamento, e informação genérica sobre o andamento do processo.

É sublinhado o direito da vítima de receber ou não informações e a possibilidade de alterar a sua pretensão a qualquer momento.

É também salvaguardada a notificação das vítimas quando a pessoa detida, acusada ou condenada, for libertada ou se tiver evadido bem como das medidas relevantes tomadas para a proteger. Sem olvidar a possibilidade de risco para o autor do crime com a notificação à vítima.

Também no artigo 11º, n.º3, da Diretiva 2012/29/UE se prevê a notificação sem atrasos desnecessários, do direito de receber informações suficientes para decidir solicitar ou não reexame da decisão de não deduzir acusação- se a vítima tiver solicitado que deseja ser notificada.

O benefício de interpretação ou tradução gratuita para as vítimas que não falem nem compreendam a língua do processo encontra-se previsto no artigo 7º da Diretiva, pelo menos

nas inquirições e interrogatórios realizados pelas autoridades de investigação e pelas autoridades judiciais, e nas audiências, nem que seja mediante o uso de meios das tecnologias de informação como o telefone, internet ou videoconferência, salvo se a presença física do intérprete seja necessária para o pleno exercício dos direitos da vítima.

As traduções gratuitas das informações indispensáveis ao exercício dos seus direitos, já acima referidas, estão previstas no artigo 6º da Diretiva 2012/29/UE.

As autoridades competentes têm de verificar se as vítimas precisam de interpretação ou tradução e, se a decisão for de sentido negativo, a vítima pode contestar tal decisão.

De igual forma, a vítima pode apresentar um pedido fundamentado para que um documento seja considerado essencial³⁶.

6 – Direito de assistência específica à vítima

O Estado assegura assistência gratuita nos casos das vítimas que preencham os requisitos da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, para beneficiar de apoio judiciário, para terem acesso a consulta jurídica e o subsequente apoio judiciário. Esta medida encontra-se prevista no artigo 13º do Estatuto e constitui um aprimoramento do disposto no artigo 18º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro.

³⁶ O artigo 3º, n.º2, da Diretiva 2010/64/UE apresenta uma lista de documentos que considera essenciais e para os quais a tradução é, assim, necessária. Essa lista enumera as medidas de privação da liberdade, a acusação ou a pronúncia e as sentenças. E o n.º3 do referido artigo 3º da Diretiva atribui o poder às autoridades competentes de decidir, caso a caso, se um determinado documento, diferente dos previstos, é essencial. Cf., a este respeito, o Acórdão TJUE, de 15 de outubro de 2015, Processo C-216/14 (Covaci). De acordo com o Tribunal de Justiça, neste Acórdão, os artigos 1º a 3º da Diretiva 2010/64/UE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que não autorize a pessoa que é objeto de um despacho de condenação a deduzir oposição por escrito contra esse despacho numa língua diferente da língua do processo, mesmo quando essa pessoa não domina esta última língua, desde que as autoridades competentes não considerem, de acordo com o artigo 3º, n.º3 dessa Diretiva, que essa oposição constitui um documento essencial. Esta interpretação do TJUE das garantias processuais mínimas em processo penal em todos os Estados-Membros importa para o Estatuto da Vítima de crimes, apesar de ter sido proferida a propósito da situação de um arguido.

De igual forma, no artigo 14º do Estatuto da Vítima prevê-se o reembolso das despesas efetuadas pela vítima em resultado da sua intervenção no processo penal, pelo arguido condenado, em função da posição processual que ocupe no processo. Por outro lado, na Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, apenas se previa no artigo 19º o reembolso das despesas efetuadas em resultado da “legítima participação no processo penal” à vítima que intervenha na qualidade de sujeito processual/participante processual, isto é, que se houvesse constituído assistente ou tivesse deduzido pedido de indemnização civil. Neste sentido, consagrou-se um sensível alargamento dos beneficiários das despesas reembolsáveis que beneficiará também as vítimas de violência doméstica já que esta norma lhes é mais favorável do que a do seu específico estatuto protetor.

7 – Direito de participação ativa no processo

Dispõe o artigo 67º-A, n.º4, do CPP que assiste à vítima o direito de participação ativa no processo penal previsto no Código e no Estatuto da Vítima. Concretiza-o, desde logo, no número seguinte do artigo, onde confere à vítima o direito de colaboração com as autoridades policiais e judiciárias competentes, prestando as informações e facultando provas de que disponha.

No entanto, esta prerrogativa a vítima já a tinha, bem como qualquer cidadão, no âmbito da obrigação de colaboração com as autoridades para a realização da justiça. Não vislumbramos, nessa medida, aqui qualquer nova prerrogativa para o estatuto processual e extra processual da vítima que foi criado.

IV. Conclusões

A Convenção de Istambul e o (novo) Estatuto da Vítima vêm trazer alterações relevantes e que traduzem algumas das reivindicações do pensamento criminológico relativamente à

figura da vítima de crimes, embora pontuais, dado que não transformam a estrutura do processo penal português.

A vítima passa a poder requerer o estatuto de assistente no prazo de recurso da sentença, a ter o direito de ser ouvida enquanto vítima sempre que o requeira, em fase de instrução, na fase do julgamento e na fase de execução de pena de prisão para apreciação das condições de suspensão, e sempre que haja que (re)apreciar os pressupostos de aplicação de medidas de coação.

Realmente inovadora é a noção legal de vítima pela primeira vez consagrada, que alarga a noção de origem doutrinária, pois abrange não apenas a pessoa singular que sofreu o dano com a prática do crime, mas também os familiares desta (cônjuge ou pessoa em condições análogas às dos cônjuges, parentes em linha reta, irmãos, e economicamente dependentes) quando a morte da vítima tenha sido diretamente causada por um crime e tenham, em consequência, sofrido um dano com essa morte, bem como a noção de vítima especialmente vulnerável, cuja especial fragilidade seja resultante, entre outros, da sua idade, estado de saúde, deficiência, tipo, grau e duração da vitimização. A atribuição deste estatuto tem de depender de avaliação individualizada, sem embargo da presunção legal de que as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis.

Mas a principal vantagem do novo Estatuto consiste, se bem vemos, na homogeneização estabelecida para todas as vítimas crimes, sem pôr em causa os direitos concedidos para particulares tipos de vítimas, reforçando a proteção de toda e qualquer vítima de criminalidade. Alcançou-se, ainda, o que é de saudar, um alargamento do regime processual penal para as declarações para memória futura a vítimas de crimes que não eram por ele abrangidas.

O Estatuto da Vítima consagra os princípios de igualdade de oportunidades para viver sem violência, do respeito pela dignidade pessoal e autonomia da vontade da vítima, e da informação.

Por sua vez, estabelece, ainda, os direitos das vítimas de crimes à informação, à assistência, à proteção e à confidencialidade, à indemnização e participação ativa no processo, que, em

conjunto, trazem um efetivo incremento e densificação processual da posição da vítima antes, no decurso, bem como após o *terminus* do processo.

Não obstante as mudanças não terem sido estruturantes, contribuem, indiscutivelmente, para o caminho político-criminal assente num “novo olhar” em torno da vítima, onde “...a necessidade de protecção da vítima concreta e individualizada do crime é hoje por todos considerada uma dimensão irrenunciável de uma política criminal moderna e eficaz”³⁷.

³⁷ Cf. Jorge de Figueiredo Dias, Anabela Miranda Rodrigues, “A legitimidade da S.P.A. em processo penal”, Separata do 3.º volume da colecção Temas de Direito de Autor, Edição da S.P.A., 1989, p. 113.

JUSTIÇA RESTAURATIVA, COMUNIDADE E VÍTIMA: CONGRUÊNCIAS E INCONGRUÊNCIAS

*Nestor Santiago**

PROLEGÓMENOS

Foi com muito gosto que acedi ao convite que me foi formulado pelo DH-CII (Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos) da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM), na pessoa de seu Diretor, Senhor Professor Doutor Mário Monte, e da Senhora Professora Doutora Margarida Santos, do qual faço parte como Investigador Associado, em razão de convénio estabelecido entre esta Instituição e a Universidade de Fortaleza, da qual faço parte como Professor do Programa de Mestrado e Doutoramento em Direito. Aos dois professores, minha mais profunda gratidão pela *invitación*.

Se é possível a um Professor ter mais de uma *alma mater* na construção de sua formação acadêmica, devo-a imensamente à acolhida pela EDUM no período de dezembro de 2015 a fevereiro de 2016, quando cursei meu pós-doutoramento sob a supervisão do Senhor Professor Doutor Mário Monte.

Neste período e em razão do Pós-doutoramento, produzi trabalho de conclusão intitulado “Justiça restaurativa como solução (utópica) para o direito penal e para o direito processual penal?: crítica a partir do conceito de comunidade”, no qual estudei a legitimação da participação da comunidade nos processos restaurativos a partir da perspectiva de construção de um conceito jurídico de comunidade, que, ao fim e ao cabo, tornou-se impossível de se delimitar.

A comunicação que apresento nesta Conferência, intitulada “Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspectiva multidisciplinar” tem a ver com este trabalho, e o faço com a responsabilidade de aprofundar ainda mais a discussão, sabedor de que, nesta conferência, tem-se a vítima como protagonista. A perspectiva que se tem é de procurar

* Professor na Universidade de Fortaleza e membro do Conselho Penitenciário do Ceará

congruências e incongruências no discurso legitimador da participação da vítima no processo restaurativo, tendo como paradigma o que foi estudado sobre comunidade, como já se disse.

Vale o alerta de que não me posiciono contrariamente à adoção da Justiça Restaurativa (JR) como uma das alternativas para o sistema penal retributivo: minhas críticas se dirigem à ausência de objetividade da regulamentação, principalmente no Brasil, em torno da Resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e à própria participação da comunidade no procedimento restaurativo.

DESENVOLVIMENTO

Há um consenso entre os penalistas e os processualistas penais compromissados com o garantismo de que o Direito Penal não é o modo adequado de reparação de conflitos entre vítima, agressor e sociedade (ou comunidade). O caráter instrumental do Direito Processual Penal, derivado da aplicação das regras materiais do Direito Penal, tampouco presta qualquer auxílio neste efeito reparador. No caso brasileiro, a pena tem, inegavelmente, efeito retributivo (art. 59 do Código Penal), malgrado o caráter ressocializador imposto pela Lei de Execução Penal.

As dificuldades inerentes à participação da vítima e da comunidade no sistema penal têm a ver com a própria dificuldade de o Direito Penal dar respostas ao crime, cumprindo adequadamente as propostas da prevenção geral positiva. Um dos motivos pode ser, exatamente, no modelo iluminista da justiça penal, preocupado em destinar os resultados em face da sociedade – como vítima direta ou indireta de todo e qualquer crime - e do autor do fato, em razão do modelo retributivo, pouco se preocupando com os efeitos do crime para a vítima e para a comunidade.

Por outro lado, a possibilidade de participação de atores diversos que não o Ministério Público, arguido (acusado), Defensor e Juiz na relação processual sugere que o processo penal está aberto a soluções que vão além da pena: há a compreensão de que ele pode e deve servir como sistema multiportas e como instrumento de realização da igualdade, mormente em se adotando o princípio da oportunidade como critério operacional. Além disso, a função do

direito penal de proteger bens jurídicos – hoje em franco questionamento – não deve corresponder ao esquecimento da vítima. Neste ponto, a mediação vítima-ofensor tem tido papel preponderante, mormente quando realizada no momento da execução penal, ou em momento processual intermédio. Entretanto, no Brasil, vigora o princípio da obrigatoriedade na persecução penal – o que, de início, já se põe como uma limitação para a consideração de resultados práticos decorrentes de uma mediação vítima e ofensor antes do oferecimento da ação penal ou da instauração do inquérito policial.

Buscando contrariar o discurso, popular no Brasil, de que *direitos humanos são só para bandido*, fala-se, nesta quadra, de *descoberta da vítima*, atribuindo-lhe papel importante, embora não primordial, na satisfação do conflito interpessoal, seja por meio da persecução penal, seja por meio da JR, mas sempre com foco nos princípios garantísticos inerentes ao Estado Democrático de Direito. Deve-se compreender um novo papel da política criminal a partir do papel da vítima, e a existência da JR faz parte deste plano de inserção.

A comunidade também tem sido chamada a participar das práticas restaurativas. Pergunta-se: *de que comunidade e de que vítimas estamos a falar?* Torna-se necessário uma delimitação conceitual de comunidade e vítima, acaso haja intenção de a JR se tornar um caminho alternativo ou mesmo complementar ao sistema penal, pois estabelecer conceitos é, em última análise, estabelecer limites. Afinal, desde os primórdios a JR vem sendo compreendida como forma interpessoal de resolução de conflitos, e, em razão da prática de uma infração penal, é inegável que a vítima é diretamente atingida pela conduta delituosa.

Verifica-se com relação aos conceitos de comunidade e de vítima uma polissemia perturbante. No caso da comunidade, nem mesmo a Sociologia, ciência mais próxima ao Direito adequada para estudá-la, consegue chegar a um consenso acerca de sua conceituação. A situação da vítima não é diferente, mas, no seu caso, o direcionamento da política criminal facilita a delimitação conceitual. Por exemplo, na África do Sul, também são consideradas vítimas a família do autor do fato. Então, numa primeira análise, trata-se de uma definição dependente de política legislativa, decorrente ou não de uma política criminal.

Portugal, por sua vez, é claro ao abordar a problemática: por exemplo, o Estatuto da Vítima (Lei 130/2015, de 4 de setembro), atendendo à Diretiva da União Europeia, define de forma bastante abrangente quem pode ser incluído no conceito de vítima. Tal iniciativa facilita a

integração da vítima não só no processo penal, mas também nas práticas restaurativas, em razão da sua própria delimitação. Não vamos aqui entrar em discussões criminológicas em torno do conceito de vítima, mas é importante deixar registrada a contribuição da criminologia para a conceituação.

A Resolução n. 225 do CNJ fala sobre a possível participação da vítima e dos familiares dos envolvidos no procedimento restaurativo – considerando, sempre, a voluntariedade da sua participação - mas não faz, como no ordenamento jurídico português, a conceituação de quem seja a vítima. Por sua vez, atribui à comunidade participação *compulsória* nos procedimentos restaurativos. Isso parece-nos estranho, já que a vítima, na JR, deve ser prioridade, e todos os esforços reunidos em torno da comunidade devem ter a vítima como finalidade, e, não, própria e prioritariamente, a satisfação da comunidade. Não se pode alijar a vítima de representar o papel principal no procedimento restaurativo, e a indefinição em torno de seu conceito faz isso.

Decerto, uma participação mais ativa da vítima na Justiça Penal, e, mais especificamente, no processo penal em que demonstra interesse, não quer dizer que se esteja caminhando para uma *privatização* da Justiça Penal, ou mesmo que se trate de *vingança privada*: o que está em questão é uma proteção adequada à vítima, e não a satisfação exclusiva de seus interesses. Nem mesmo nos procedimentos restaurativos vê-se de diferente maneira, pois, afinal de contas, por meio deles também deve se atingir o autor do fato.

Ao contrário do que se possa pensar, a vítima não quer ver um Estado fraco ou ausente, seja na justiça penal tradicional, seja na JR, pois isso pode implicar na redução da proteção de seus interesses. Mas também não lhe interessa a vingança privada, pois a dimensão coletiva do crime impõe a participação do Estado. Em suma, ela deseja os reais efeitos da prevenção geral positiva.

Afinal, o que a vítima deseja encontrar na JR? Qual é o papel da comunidade no contexto da JR que possa ser de proveito para a vítima?

Há um problema que ocorre de maneira frequente na América Latina e, em especial, no Brasil, e que se reflete diretamente na forma como se estuda e compreende o Direito: a *idolatria quanto aos métodos consensuais de solução de conflitos*, normalmente importados de países desenvolvidos, sem a devida contextualização para a realidade política, jurídica, econômica

e social. Além disso, não pode haver abandono da teoria que estuda a JR em troca de uma visão mais religiosa ou terapêutica, sob pena de se perder o foco da questão.

Ainda que a vítima tenha interesse específico para a realização e satisfação da justiça penal, não é nela que as relações interpessoais desgastadas irão se recompor: a solidariedade – que, no Brasil, é um dos objetivos da República – não tem campo de discussão no âmbito judiciário. Daí a importância que se dá para que sejam encontradas outras saídas aptas a promover uma resposta adequada à ocorrência de um crime. Neste particular, como já se disse, preponderam os estudos, os discursos e a esperança em torno da JR.

Ainda persiste a questão de se dar à comunidade um papel de igual ou maior importância que àquele atribuído à vítima. Não. Penso que sequer deve ser dado à comunidade a função de intervir em questões restaurativas, que devem ser tratadas exclusivamente entre autor e vítima. Há um fetiche em se atribuir à comunidade um papel que ela não tem condição de desempenhar, ainda que ficticiamente: estipular que determinadas pessoas representem a “comunidade” e que, com isso, seja resolvida a questão criminal é o mesmo tipo de resposta que há séculos se dá com relação aos processos criminais em juízo. E a “comunidade”, no processo penal, é representada pelo Estado; uma entidade artificial, pois, com nenhum ou reduzido contato com a vítima, de modo a ampará-la, mormente em tempos que o próprio sentimento de comunidade é difuso.

À GUIA DE CONCLUSÃO

É discutível o sucesso dos procedimentos restaurativos que atribuem à comunidade o papel de recompor as relações desgastadas em razão da prática de um crime: muitas vezes, a comunidade é um fator criminógeno, principalmente naquelas em que os laços sociais são praticamente inexistentes. Nelas, de pouco adiantaria a participação da vítima, pois a comunidade teria nenhum ou pouco apoio para dar.

A incerteza a respeito do papel da comunidade na JR não pode ofuscar a participação essencial da vítima nos procedimentos restaurativos, sob pena de se prejudicar a minoração dos efeitos decorrentes da intervenção na sociedade, gerando, por sua vez, vitimização

secundária. Só assim haverá a troca de lentes proposta pela JR. Neste sentido, é importante que as práticas restaurativas sejam encampadas pelo Estado, com regras procedimentais claras, em homenagem ao garantismo: tratar o assunto de forma idílica ou utópica, *pedindo a todos que se deem as mãos para combater a violência*, de nada adiantará.

No último parágrafo do texto que produzimos no âmbito do pós-doutoramento mencionado na introdução, mencionamos que no Paço dos Duques de Bragança, em Guimarães, terra-berço de Portugal, há um salão grande e extenso, que abrigava aqueles que desejavam ser atendidos pelo Duque, e que é chamado de Salão dos Passos Perdidos. A impressão que se tem é que a JR está neste Salão há muito tempo, procurando quem possa atender às suas reivindicações. Entretanto, esta espera é utópica. Ao invés de virar as costas ao Direito Penal e ao Processo Penal, seria melhor se os restaurativistas procurassem o diálogo, a fim de propor medidas que possam aprimorar o sistema de justiça penal. Haveria ganhos de ambos os lados, principalmente para as vítimas.

O ATENDIMENTO DA VÍTIMA, MEDIDAS CAUTELARES DE POLÍCIA, MEDIDAS DE PROTEÇÃO - OS NOVOS DESAFIOS EM TORNO DA PROTEÇÃO DA VÍTIMA, A PARTIR DE UMA PERSPETIVA MULTIDISCIPLINAR

*Fernando da Costa Gonçalves**

A presente comunicação tem como objetivo contribuir para a compreensão da problemática subjacente às medidas cautelares de polícia e medidas de proteção das vítimas de violência doméstica. Apresentada em conferência na Universidade do Minho¹.

1. Conceitualização da problemática – Violência doméstica

Iniciamos a intervenção com a definição de violência doméstica de Machado e Gonçalves (2003), definem violência doméstica como: “qualquer ato, conduta ou omissão que sirva para infligir, reiteradamente e com intensidade, sofrimentos físicos, sexuais, mentais ou económicos, de modo direto ou indireto (por meio de ameaças, enganos, coação ou qualquer outro meio) a qualquer pessoa que habite no mesmo agregado doméstico privado (pessoas – crianças, jovens, mulheres adultas, homens adultos ou idosos – a viver em alojamento comum) ou que, não habitando no mesmo agregado doméstico privado que o agente da violência, seja cônjuge ou companheiro marital ou ex-cônjuge ou ex-companheiro marital”. Recorde-se que em 2003 era necessário que o comportamento delituoso fosse reiterado, ou seja, praticado mais do que uma vez para preencher os requisitos do ilícito criminal

* Professor no Instituto Universitário da Maia.

¹ Conferência: Os novos desafios em torno da proteção da vítima, a partir de uma perspetiva multidisciplinar – Escola Direito – Universidade do Minho – 2 junho 2017.

De acordo com Baldry² (2003), o ato delituoso de violência doméstica consiste, na violência conjugal também referida como violência existente nos relacionamentos. É definida como qualquer tipo de violência, tentativa ou ameaça física perpetrada por um homem ou uma mulher contra a pessoa com quem tem ou teve um relacionamento íntimo.

Relativamente ao conceito, a Convenção de Istambul³, definiu violência doméstica como: *Todos os atos de violência física, sexual, psicológica e económica que ocorrem na família ou no contexto doméstico, abrangendo a violência contra as crianças e os idosos, de acordo com as definições referenciadas nas convenções internacionais.*

Numa perspetiva mais abrangente podemos considerar que o legislador ao positivar a norma do Código Penal, desejou abarcar as seguintes condutas: qualquer ação ou omissão, mais concretamente factos voluntários, contra pessoas que residam no mesmo espaço físico ou, não residindo, sejam ex-cônjuges, ex-companheiro/a, ex-namorado/a, progenitor de descendente comum, ascendente ou descendente.

A Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulheres da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de Dezembro de 1993, definiu a violência contra as mulheres como “qualquer ato de violência baseado no género de que resulte ou possa resultar sofrimento ou lesão física, sexual ou psicológica para as mulheres, incluindo a ameaça da prática de tais atos, a coação ou a privação arbitrária da liberdade, quer ocorra na esfera pública ou na privada”. De referir que o art.º 2º da citada Declaração amplia esta definição para violência física, sexual e psicológica e identifica três contextos em que a violência contra as mulheres geralmente ocorre: na família; na comunidade em geral; perpetrada ou tolerada pelo Estado. A violência doméstica nas relações de intimidade está, portanto, enquadrada nesta definição de violência contra as mulheres que ocorre no contexto da família.

A Convenção de Istambul preceitua que a violência doméstica: “abrange todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem na família ou na unidade

² Baldry, A. C. (2003). “Stick and stones hurt my bones but his glance and words hurt more”: The impact of psychological abuse and physical violence by current and former partners on battered women in Italy. *International Journal of Forensic Mental Health*, 47-57.

³ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (2011).

doméstica, ou entre cônjuges ou ex-cônjuges, ou entre companheiros ou ex-companheiros, quer o agressor coabite ou tenha coabitado, ou não, com a vítima.”

2. Instrumentos jurídicos internacionais de proteção das vítimas de violência doméstica

Dos diferentes Instrumentos Jurídicos internacionais de proteção das vítimas de crimes destacamos, a Diretiva 2011/99/UE do Parlamento Europeu e do Conselho⁴, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece medidas europeias de proteção, permite assegurar a proteção das vítimas de crime no espaço da União Europeia. Deste modo as medidas de proteção aplicadas judicialmente são válidas para além das fronteiras do Estado onde foram determinadas.

No mesmo sentido a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho⁵, de 25 de outubro de 2012, vem estabelecer normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas de criminalidade.

Relativamente ao tipo de vítimas, apesar da legislação portuguesa, art.º 152º do Código Penal, e os Planos Nacionais contra a Violência Doméstica serem neutros quanto ao sexo das vítimas e dos agressores, o IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica (Resolução do

⁴ A Diretiva estabelece regras que permitem a uma autoridade judicial ou equivalente de um Estado-Membro, no qual foi adotada uma medida de proteção destinada a proteger uma pessoa contra um ato criminoso de outra pessoa que possa pôr em perigo a sua vida, integridade física ou psicológica, dignidade, liberdade pessoal ou integridade sexual, emitir uma decisão europeia de proteção que permita à autoridade competente de outro Estado-Membro dar continuidade à proteção da pessoa no território deste último, na sequência de uma conduta criminosa ou alegada conduta criminosa, de acordo com a legislação do Estado-Membro de emissão.

⁵ A Diretiva destina-se a garantir que as vítimas da criminalidade beneficiem de informação, apoio e proteção adequados e possam participar no processo penal.

Os Estados-Membros devem garantir que todas as vítimas sejam reconhecidas e tratadas com respeito, profissionalismo e de forma personalizada e não discriminatória em todos os contactos estabelecidos com serviços de apoio às vítimas ou de justiça restaurativa ou com as autoridades competentes que intervenham no contexto de processos penais. Os direitos previstos na diretiva aplicam-se às vítimas de forma não discriminatória, nomeadamente no que respeita ao seu estatuto de residência.

Os Estados-Membros devem assegurar que, na aplicação da diretiva, caso a vítima seja uma criança, o superior interesse da criança constitua uma preocupação primordial e seja avaliado de forma personalizada. Deve prevalecer sempre uma abordagem sensível à criança, que tenha em conta a idade, a maturidade, os pontos de vista, as necessidades e as preocupações da criança. A criança e o titular da responsabilidade parental ou outro representante legal, caso exista, devem ser informados de todas as medidas ou direitos especificamente centrados na criança.

Conselho de Ministros nº 100/2010, de 17 de Dezembro), no Capítulo I, e tendo como alicerce os principais documentos internacionais, reconhece que: “A violência de género resulta de um desequilíbrio de poder entre homens e mulheres, que se traduz em atos de violência física, psicológica e sexual, cujas vítimas são na sua grande maioria mulheres, e que no seu extremo podem conduzir ao homicídio conjugal.”

No entanto, assiste-se atualmente a um ponto de viragem em relação a este ponto, uma vez que a proposta de V Plano para esta área, em vigor desde 2014, já integra a perspetiva de género, intitulando-se V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género, cumprindo os pressupostos da Convenção de Istambul de 2011.

3. As entidades com responsabilidade na prevenção da violência doméstica

Para dar resposta a este flagelo os responsáveis governamentais estabeleceram diversas formas de comunicar os crimes de violência doméstica ao Ministério Público:

- a) A denúncia pode desde logo ser efetuada pela vítima diretamente nos serviços do Ministério Público;
- b) Junto de qualquer Órgão de Polícia Criminal;
- c) Nas delegações e gabinete do Instituto Nacional de Medicina Legal⁶, nos termos do artigo 4º da Lei 45/2004;
- d) Pode ainda ser apresentada denúncia através do Sistema de Queixa Eletrónica do Ministério da Administração Interna;
- e) A denúncia pode ser efetuada por mandatário (advogado);
- f) Através de um vizinho da vítima ou por qualquer pessoa.

⁶ O Artigo 4º da Lei 45/2004 estabelece que as delegações e os gabinetes médico-legais do Instituto podem receber denúncias de crimes, no âmbito da atividade pericial que desenvolvam, devendo remetê-las no mais curto prazo ao Ministério Público. Sempre que tal se mostre necessário para a boa execução das perícias médico-legais, as delegações e os gabinetes médico-legais do Instituto podem praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, procedendo, nomeadamente, ao exame, colheita e preservação dos vestígios, sem prejuízo das competências legais da autoridade policial à qual competir a investigação. A obrigatoriedade referida é igualmente aplicável ao perito médico da delegação ou gabinete médico-legal do Instituto cuja intervenção seja solicitada no âmbito do serviço de escala para a realização de perícias médico-legais urgentes.

A denúncia deve ser elaborada em auto de notícia padronizado para a violência doméstica, onde se relata a informação sobre situação de dependência económica entre vítima e agressor, a possível existência de menores na residência, a existência de armas de fogo e sua relevância no crime denunciado, possíveis comportamentos aditivos do agressor, e se vítima teve necessidade de cuidados de saúde em Hospital ou Unidade Saúde. No final do auto deve ser preenchido um campo relativo à possível necessidade de intervenção urgente.

A Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana têm unidades especializadas de investigação e apoio, as Equipas de Apoio à Vítima (EPAV) e o Núcleo de Investigação e Apoio a Vítimas Específicas (NIAVE), respetivamente.

Na hipótese da verificação de episódios plúrimos, os OPC devem elaborar um aditamento ao primeiro auto de denúncia, a relatar o novo episódio, se os factos se compreenderem num período temporal limitado.

No caso de existirem várias denúncias acerca dos mesmos factos, deve proceder-se à agregação de autos de notícia ou denúncia num mesmo inquérito pois garante a melhor proteção da vítima.

As entidades com responsabilidade na proteção das vítimas de violência doméstica, numa primeira linha são as forças de segurança, Polícia de Segurança Pública e Guarda Nacional Republicana, encontrando-se esse dever plasmado nas respetivas Leis Orgânicas.

Decorre da lei fundamental⁷ que a polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. Sendo que as medidas de polícia são as previstas na lei, com vista à prevenção dos crimes, com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

As medidas cautelares de polícia têm como objetivo a proteção das vítimas e decorre da lei esta obrigação dos elementos das forças e serviços de segurança assegurarem os direitos liberdades e garantias de todos os cidadãos.

⁷ Artigo 272.º da Constituição da República Portuguesa - a Polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

No mesmo sentido a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro⁸, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas, prevê que as forças de segurança garantem um nível adequado de proteção à vítima, à sua família ou a pessoas em situação equiparada, nomeadamente no que respeita à segurança e salvaguarda da vida privada, sempre que se considere que existe uma ameaça séria de represálias, de situações de revitimação ou fortes indícios de que essa privacidade possa ser perturbada e, ainda, que deve também ser evitado o contacto entre vítimas e arguidos em todos os locais que impliquem a presença em diligências conjuntas.

Deste modo, as forças e os serviços de segurança devem nas situações de violência doméstica, adotar os procedimentos necessários para assegurar o acompanhamento, por ex. na deslocação à sua residência para recolher os seus pertences e a proteção policial das vítimas quando necessitarem por motivos de ameaça. A referida proteção das vítimas de violência doméstica deve assentar na prestação de orientações de autoproteção ou num plano individualizado de segurança, elaborado pela autoridade de polícia competente, em função do nível de risco de revitimação⁹.

4. Avaliação de risco realizada pelas forças de segurança

No que concerne à avaliação de risco, Íris Almeida e Cristina Soeiro apresentaram um instrumento sobre avaliação de risco o SARA (S-Risk Assessment for Spousal Assessment in Europe)¹⁰, este instrumento de avaliação, tem sido utilizado, ao longo do tempo, pelos profissionais de justiça, incluindo as forças de segurança. Contudo, o SARA parece não ser um instrumento apropriado para ser utilizado pelos polícias (exceto para aqueles que trabalham em unidades especializadas de violência conjugal), porque é muito extenso

⁸ Artigo 20.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

⁹ Artigo 27.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, Aditado pela Lei n.º 129/2015, de 03 de Setembro.

¹⁰ Publicado na Revista Análise Psicológica (2010), 1 (XXVIII): 179-192

(constituído por 20 fatores de risco) e requer avaliações específicas relacionadas com a saúde mental, tais como, perturbações mentais e de personalidade (Kropp, 2008)¹¹.

Segundo as autoras o preenchimento do protocolo SARA exige uma grande responsabilidade dos utilizadores na aplicação dos critérios, na disponibilidade de tempo, no conhecimento técnico e no conhecimento da história de vida do agressor. Para fazer frente a estas dificuldades os autores (Kropp, Hart, & Belfrage, 2005) sentiram a necessidade de desenvolver um novo instrumento, o qual denominaram Brief Spousal Assault Form for the Evaluation of Risk (BSAFER).

O B-SAFER, mais conhecido por SARA: PV (Spousal Assault Risk Assessment: Police Version) é um guia para a avaliação e gestão do risco de violência nos relacionamentos íntimos. Foi concebido especialmente para uso das forças policiais e outros profissionais de justiça, delimitando linhas orientadoras que têm a ver com a prática de avaliação de risco da violência conjugal. O principal objetivo é introduzir uma sistematização do processo, com utilidade prática, para reunir e considerar informação que permita tomar decisões acerca do risco inerente à violência conjugal. O SARA: PV foi concebido a partir da literatura científica e profissional existente acerca da violência conjugal, incluindo os fatores de risco do perpetrador e planos de segurança da vítima.

Com o objetivo de testar as qualidades do SARA: PV foi efetuado um estudo piloto em seis departamentos da Polícia Canadiana e na Polícia Nacional Sueca (Kropp, 2008).

Inicialmente, os autores efetuaram uma análise de médias do número total de fatores de risco, quer avaliados no presente (durante as últimas quatro semanas), quer avaliados no passado (história de vida do indivíduo anterior às últimas quatro semanas). Os resultados mostraram que os casos de violência conjugal no Canadá apresentavam um maior número de fatores de risco do que os casos de violência na Suécia, quer avaliados no presente quer

¹¹ Kropp, P. R. (2008). Development of the Spousal Assault Risk Assessment Guide (SARA) and the Brief Spousal Assault Form for the Evaluation of Risk (BSAFER). In A. C. Baldry & F. W. Winkel (Eds.), *Intimate partner violence prevention and intervention: The risk assessment and management approach* (pp. 19-31). New York: Nova Science Publishers.

avaliados no passado, sugerindo, assim, que os casos de violência no Canadá apresentam um risco mais elevado¹².

No que diz respeito a Portugal foi implementado em 2014 nas forças de segurança a ficha de avaliação de risco, denominada, ficha de avaliação de risco (RVD-1L), que é constituída por 20 itens, o qual pretende apoiar a intervenção dos elementos das Forças de Segurança na análise do nível de risco existente nas situações de violência doméstica.

Este instrumento de avaliação de risco é aplicado aquando da elaboração do Auto de Violência Doméstica ou Aditamento a Auto, sendo preenchido mediante as informações então disponíveis (sejam provenientes da vítima, de terceiros, ou de informações técnicas).

Os resultados deste instrumento não constituem uma avaliação definitiva do risco, a sua reavaliação é essencial, assim como a experiência do elemento policial que pode identificar outros fatores de risco que não estejam aqui contemplados.

Os Órgãos de Polícia Criminal aplicam a ficha de avaliação de risco com a opção que melhor corresponde à situação de cada vítima de violência doméstica: Exemplos de questões:

- a) O/A ofensor/a alguma vez usou violência física contra a vítima?
- b) O/A ofensor/a alguma vez usou violência física contra outros do agregado doméstico?
- c) O/A ofensor/a já tentou estrangular (apertar o pescoço), sufocar, afogar a vítima ou outro familiar?
- d) O/A ofensor/a já utilizou/ameaçou usar algum tipo de arma contra a vítima ou outro familiar ou tem acesso fácil a arma de fogo?
- e) O/A ofensor/a persegue a vítima, intimidando-a intencionalmente, demonstra ciúmes excessivos e tenta controlar tudo o que a vítima faz?
- f) O/A ofensor/a já foi alvo de queixas criminais anteriores?

Depois de aplicada a ficha obtêm-se o resultado da avaliação de risco que pode ser uma de três possibilidades, risco baixo, risco médio, risco elevado.

¹² Esta interpretação é suportada pela distribuição da perceção de risco por parte do agente policial (Kropp, 2008).

Se da aplicação da ficha resultar o risco baixo a primeira reavaliação deverá ser realizado até 60 dias e a segunda até 120 dias após a avaliação inicial.

Caso resulte o risco médio a primeira reavaliação deverá ser realizado até 30 dias e a segunda até 60 dias após a avaliação inicial.

Na eventualidade de resultar risco elevado a primeira reavaliação deverá ser realizado até 7 dias e a segunda até 14 dias após a avaliação inicial.

No seguimento da denúncia das forças de segurança os superiores hierárquicos elaboram Despacho com medidas a adotar para proteção da vítima.

As medidas a adotar podem ser as seguintes:

- a) Propor ao Ministério Público medida de coação ao ofensor;
- b) Verificar se se encontram reunidos os pressupostos para proceder à detenção do suspeito fora de flagrante delito;
- c) Sensibilizar a vítima para a importância de considerar a hipótese de se afastar do ofensor, recorrendo a casa abrigo, ou casa de familiar;
- d) Fornecer às vítimas as indicações de proteção pessoal (plano segurança);
- e) Sinalizar a vítima para o programa de teleassistência;
- f) Encaminhar a vítima para uma estrutura de apoio que diligencie no sentido dela ser acolhida numa casa abrigo;
- g) Reforço da informação relativa aos recursos de apoio;
- h) Diligenciar sobre a apreensão de armas caso existam;
- i) No caso de existirem crianças, sinalizá-las para a Comissão de Proteção de Crianças e Jovens;
- j) Promover a retirada de crianças nos termos do art.º 91.º da Lei 147/1999 de 1 de setembro;
- k) Determinar contactos periódicos com a vítima;
- l) Reforçar o patrulhamento de certos locais frequentados pela vítima trabalho, residência;
- m) Providenciar se necessário acompanhamento da vítima para retirar os bens da habitação;

- n) Promover o acompanhamento da vítima ao tribunal, segurança social e hospital;
- o) E outras medidas consideradas necessárias e urgentes.

5. Os planos de segurança aplicados a vítimas violência doméstica

A determinadas vítimas, devido à sua especial vulnerabilidade e de acordo com a avaliação de risco, podem ser aplicados planos de segurança¹³. Estes planos consistem num conjunto de orientações e estratégias que visam a promoção da segurança da vítima de violência e das suas crianças e são aplicados pelas polícias quando entendem estar perante casos mais complexos.

Os planos de segurança devem ser elaborados tendo em conta o seguinte:

Serem individualizados e adaptados à situação concreta;

Elaborados com a participação, esclarecimento e consentimento da vítima;

Serem flexíveis, incluindo prazos acordados com a vítima, aumentando a sua capacidade de reflexão e de escolha de soluções.

Tendo presente que as estratégias de segurança podem colidir com direitos fundamentais nomeadamente a dignidade, a liberdade e a honra é crucial reforçar junto da vítima que estas estratégias procuram responder às suas necessidades de segurança.

Podem também ser elaborados pelas entidades de apoio a vítimas, dois tipos de Planos de Segurança:

O plano de segurança pessoal, que é desenhado de forma individual com o consentimento da vítima, não envolvendo organizações no processo de gestão de risco;

¹³ Artigo 27.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro - Intervenção dos órgãos de polícia criminal.

No cumprimento das disposições aplicáveis às situações de violência doméstica, as forças e os serviços de segurança adotam os procedimentos necessários para assegurar o acompanhamento e a proteção policial das vítimas.

A proteção policial de uma vítima de violência doméstica, no âmbito judicial ou fora dele, deve assentar na prestação de orientações de autoproteção ou num **plano individualizado de segurança**, elaborado pela autoridade de polícia localmente competente, em função do nível de risco de revitimação (Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, alterada pela Lei n.º 129/2015, de 03 de Setembro).

O plano de segurança em rede, que consiste numa resposta dada por diferentes associações ou organizações que têm como papel fundamental a proteção da vítima e crianças e minimizar o risco.

Os planos de segurança devem ser elaborados face a situações concretas: numa situação de crise; aquando da rutura de uma relação de violência; quando a vítima vive numa relação de violência. Se a vítima optar por se manter na habitação com o suspeito/arguido, é possível desenhar um plano de segurança pessoal, sendo relevante a identificação de alguns sinais por parte do suspeito/arguido que ajudem a prever a possibilidade de ocorrência de um novo episódio violento. Exemplo de comportamentos: aumento do tom de voz; gestos bruscos; a alteração nas expressões faciais e a quebra de objetos

No processo de planeamento de segurança é importante:

- Juntar um plano de crise com o plano de ação imediata;
- Abordar com a vítima a melhor forma e os períodos preferenciais (de menor risco) de contacto;
- Em conjunto, decidir acerca dos passos a dar e o tempo para cada uma destas ações;
- Disponibilizar uma lista de números de contacto, incluindo os de emergência, e acordar como manter a informação em segurança;
- Informar sobre formas de conseguir uma chamada a pagar no destino;
- Identificar as zonas de risco.

Para além da segurança das vítimas de violência, é fundamental que as organizações e os profissionais dessas associações reconheçam os riscos a que estão igualmente sujeitos, devendo também implementar procedimentos de identificação, avaliação e gestão de risco.

6. As medidas de proteção promovidas pelo Ministério Público e pelos Órgãos de Polícia Criminal

Sem prejuízo das medidas cautelares e de polícia adotadas, o Ministério Público quando tem conhecimento da denúncia, pode determinar ao órgão de polícia criminal a realização de

atos processuais urgentes, como a tomada de medidas de proteção à vítima e a promoção de medidas de coação relativamente ao denunciado.

Depois da denúncia deve ser elaborado o plano de segurança pelo órgão de polícia criminal, de seguida a vítima deve sempre ser encaminhada para as estruturas locais de apoio¹⁴.

Nos casos em que os órgãos de polícia criminal verifiquem a prática do crime em flagrante delito, por crime de violência doméstica, procedem à detenção do suspeito, constituindo-o arguido para ser apresentado a audiência de julgamento sob a forma sumária ou a primeiro interrogatório judicial para aplicação de medida de coação ou de garantia patrimonial.

No sentido de reforçar a proteção imediata das vítimas, o legislador preceitua que para além dos casos de flagrante delito previsto no n.º 1 do artigo 257.º do Código de Processo Penal, a detenção fora de flagrante delito pelo crime de violência doméstica pode ser efetuada por mandado do juiz ou do Ministério Público, se houver perigo de continuação da atividade criminosa ou se tal se mostrar imprescindível à proteção da vítima. As autoridades de polícia criminal podem, sem prejuízo do referido anteriormente, ordenar a detenção fora de flagrante delito pelo crime mencionado quando:

- a) Se encontre verificado qualquer dos requisitos previstos no número anterior; e
- b) Não for possível, dada a situação de urgência e de perigo na demora, aguardar pela intervenção da autoridade judiciária¹⁵.

¹⁴ Artigo 29.º A da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, aditado pela Lei n.º 129/2015, de 03 de Setembro.

¹⁵ Artigo 30.º A da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, aditado pela Lei n.º 129/2015, de 03 de Setembro. Relativamente a esta matéria (Violência Doméstica - Medidas de Coação) devemos ter em conta o seguinte Acórdão do TRL - 144/15.4PKLRS-A-L1-5, que se transcreve: “I. Em relação ao crime de violência doméstica, a Lei nº112/09 de 16 Novembro, no art.30º, nº2, prevê um regime mais aberto e consentâneo com as necessidades práticas que este tipo de crimes suscita, admitindo, fora de flagrante delito, a detenção quando exista perigo de continuação da atividade criminosa, ou em caso de necessidade de proteção da vítima;

II. Prevê, ainda, no art.º 31º, medidas de coação urgentes, em particular as medidas de afastamento do arguido, ora da residência ora da vítima;

III. Não desconhecendo que, na maioria dos casos de violência doméstica, é a vítima que tem de sair de casa e recorrer a ajuda de familiares, amigos ou a casas de abrigo, o nº 2, daquele art.º 31º, prevê que o facto de a vítima se ter ausentado da residência em razão da prática ou de ameaça séria do cometimento do crime de violência doméstica não obsta a aplicação daquelas medidas de afastamento”.

Não obstante a proteção supra referida existe a possibilidade de aplicação de outras medidas coação urgentes previstas no Código de Processo Penal, das quais destacamos as seguintes:

- a) Não adquirir, não usar ou entregar, de forma imediata, armas ou outros objetos e utensílios que detiver, capazes de facilitar a continuação da atividade criminosa;
- b) Sujeitar, mediante consentimento prévio, a frequência de programa para arguidos em crimes no contexto da violência doméstica;
- c) Não permanecer na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habite a vítima;
- d) Não contactar com a vítima, com determinadas pessoas ou frequentar certos lugares.

A medida ou medidas de coação que impliquem a restrição de contacto entre progenitores são imediatamente comunicadas ao representante do Ministério Público para instauração, com carácter de urgência, do respetivo processo de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais.¹⁶ As forças de segurança coadjuvam as autoridades judiciais no que diz respeito à fiscalização e ao cumprimento das medidas de coação.

7. Os Meios Técnicos de Controlo à Distância

O tribunal, ao aplicar medidas de coação deve sempre que tal se mostre imprescindível para a proteção da vítima, determinar que o cumprimento daquelas medidas seja fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

O controlo à distância é efetuado, no respeito pela dignidade pessoal do arguido, por monitorização telemática posicional, ou por outra tecnologia idónea, de acordo com os sistemas tecnológicos adequados.

O controlo à distância cabe aos serviços de reinserção social e é executado em articulação com os serviços de apoio à vítima, sem prejuízo do uso dos sistemas complementares de teleassistência¹⁷.

¹⁶ Artigo 31.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09, alterada pela Lei n.º 129/2015, de 03 de Setembro e pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio.

¹⁷ Artigo 35.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro.

8. As medidas cautelares de polícia de apoio imediato

O crime de violência doméstica tem carácter prioritário na prevenção e na repressão, face ao disposto nas Leis de Política Criminal (Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto). A citada Lei¹⁸ indica como objetivos gerais da política criminal prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade, promovendo a defesa de bens jurídicos, a proteção da vítima e a reintegração do agente do crime na sociedade. Relativamente aos objetivos específicos, podemos elencar os seguintes:

- a) Prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade violenta, grave ou organizada, incluindo o homicídio, a ofensa à integridade física grave, a violência doméstica, (...);
- b) Promover a proteção de vítimas especialmente indefesas, incluindo crianças e adolescentes, mulheres grávidas e pessoas idosas, doentes e deficientes;
- c) Garantir o acompanhamento e a assistência a agentes acusados ou condenados pela prática de crimes.

Numa situação de reputação de flagrante delito os OPC procedem à apreensão de arma de fogo, ou outra que tenha sido utilizada na agressão, ou de arma que esteja destinada à agressão – bastando que envolva probabilidade de o ser, a apreensão é realizada dentro da residência, ao abrigo do disposto nas disposições conjugadas dos artigos 177º n.º 3 e 178º do Código de Processo Penal e ainda do artigo 107º da Lei das Armas¹⁹. As armas que sejam

¹⁸ A primeira Lei de Política Criminal em Portugal, Lei n.º 51/2007, de 31 de agosto, determina que são objetivos gerais da política criminal prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade, promovendo a defesa de bens jurídicos, a proteção da vítima e a reintegração do agente do crime na sociedade. O artigo 2.º estabelece que durante o período de vigência da lei, constituem objetivos específicos da política criminal:

a) Prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade violenta, grave ou organizada, incluindo o homicídio, a ofensa à integridade física grave, a violência doméstica, os maus tratos, o sequestro, os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, o roubo, o incêndio florestal, a corrupção, o tráfico de influência, o branqueamento, o terrorismo, as organizações terroristas e a associação criminosa dedicada ao tráfico de pessoas, de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e de armas;

b) Promover a proteção de vítimas especialmente indefesas, incluindo crianças e adolescentes, mulheres grávidas e pessoas idosas, doentes e deficientes;

c) Garantir o acompanhamento e a assistência a agentes acusados ou condenados pela prática de crimes, designadamente quando haja risco de continuação da atividade criminosa

No mesmo sentido as leis de política criminal:

- Lei n.º 38/2009 de 20 julho (Circular do Ministério público 4 de 2010)

- Lei n.º 72/2015 de 20 julho

- Lei n.º 96/2017 de 23 agosto.

¹⁹ Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro.

encontradas nessa situação de flagrante, em situação ilegal face à Lei das Armas, sendo a sua detenção ou posse, em si mesmo, ilícitos (arma de fogo não registada ou sem licença), são apreendidas, independentemente da sua conexão com o crime de violência doméstica.

As autoridades policiais no momento da comunicação da notícia do crime ao MP, informam de imediato a vítima sobre a possibilidade de encaminhamento para a Segurança Social, através da linha nacional de emergência.

Além das respostas referidas existe ainda a possibilidade de apoio imediato à vítima, recorrendo às entidades públicas e privadas, que disponibilizam respostas sociais à violência doméstica, incluindo as entidades gestoras de casas de abrigo. A detenção do suspeito, diligências urgentes e atos de inquérito

Tendo presente a moldura penal do tipo de ilícito e ao regime do processo sumário, é legalmente admissível o julgamento do agressor em processo sumário. A prática não tem registado antecedentes de aplicação desta forma processual à temática em causa, dado a complexidade da matéria. Não seria teoricamente de excluir a submissão a julgamento sumário de uma situação de agressão grave, pelo efeito dissuasor da condenação célere, conquanto se viabilizasse a recolha atempada da prova (Ex. exames médicos).

Uma solução legal que, apenas para os crimes do artigo 152º Código Penal, imponha a manutenção da detenção até ao julgamento ou, pelo menos, à apresentação ao MP, parece deixar desprotegidas outras vítimas em casos não muito diferentes (artigo 152-Aº do CP), e agravar a situação destes arguidos face aos demais em situação paralela, visto *que, apesar de terem como destino o julgamento sumário, ficam sujeitos à situação prevista para a detenção em flagrante nos crimes que não admitem sumário eventualmente, duas noites de privação de liberdade, se detidos ao sábado.*

Na hipótese apresentada deveria ser sempre comunicado, ao MP nos termos do artigo 259º do CPP, a detenção em flagrante delito do agressor, e aquele deve dar a ordem de manutenção da detenção, verificadas certas condições: o risco de não apresentação, e o de que não haverá apresentação para julgamento na forma sumária, por impossibilidade da sua preparação, mas sim apresentação do arguido detido a interrogatório judicial para sujeição a medida de coação ou de garantia patrimonial, atendendo à necessidade de proteção da vítima. Índices de perigo

de não apresentação voluntária: tentativa de fuga depois dos factos; declarações no momento da ordem de detenção; ausência de residência; falta de inserção social; desemprego; falta de ligações familiares e antecedentes criminais.

O MP, na possibilidade do inquérito correr sob a forma de processo comum deve atribuir carácter urgente ao inquérito, nos termos ao artigo 103º do CPP e Lei de política criminal, e de inquirir de imediato a vítima com a finalidade de tomada de decisão que garanta a proteção da vítima e acautele a recolha de indícios.

Medida essencial é o encaminhamento da vítima para unidade de saúde com a finalidade de receber cuidados médicos, e a determinação de perícia médica em momento precoce, também a obtenção de elementos fotográficos são relevantes na fixação da prova, para que se corrobore, com prova documental ou pericial, a prova pessoal obtida em depoimentos.

Caso não tenha ocorrido ainda, a informação sobre as hipóteses de apoio social à vítima deve ser prestada. Em grandes serviços de Justiça, justificar-se-ia uma interlocução pré - identificada que, junto das instâncias formais de controlo, pudesse fazer a concertação prática do apoio à vítima – designadamente o financeiro - com as soluções que a lei processual penal prevê em sede de medidas de coação.

Deve ser promovida a recolha de todo o expediente relativo à vítima, para além do que é elaborado pelo OPC e que pode ser identificado junto de outras entidades, na hipótese da vítima ter realizado a denúncia junto de outras instituições. O crime previsto no artigo 152º do CP admite prisão preventiva do agente do crime, pela conjugação do disposto nesse artigo, na respetiva inserção sistemática e no previsto no artigo 1º alínea j) do CPP. Admite, também naturalmente medidas de coação menos gravosas e se se revelarem adequadas e suficientes.

9. Medidas de coação no processo penal

Não sendo possível ao MP emitir mandado de detenção fora de flagrante para apresentação do agressor ao juiz de instrução em vista à sua sujeição a medida de coação, resta a urgência possível na notificação do denunciado e a possibilidade de acionar a intervenção policial a qualquer momento.

A saída da vítima de violência da casa morada de família implica a desestruturação da vida familiar na medida em que acarreta, por regra, a saída dos filhos, criando problemas escolares a estes e profissionais àquela, pelo que a institucionalização de mulheres e crianças deve ser realizada sempre com o consentimento livre e esclarecido da vítima. Mesmo não havendo menores a cargo, a saída da mulher da residência implica dupla vitimização, pelo que, socialmente, o suporte financeiro que sustente a permanência na habitação, a requerer pela vítima junto das Segurança Social ou de outras entidades, é uma hipótese, complementada por medida de coação imposta ao agressor. O alojamento em casa de abrigo deve ser sempre entendido como uma solução transitória.

Nos termos do artigo 193º e do artigo 200 n.º 1 alínea a) e d) do CPP, e com respeito pelo formalismo do artigo 194º, cabe ao MP promover a medida de proibição de permanência na residência e de proibição de contactos com a vítima, eventualmente ainda, a de sujeição a tratamento de dependência prevista na alínea f), sendo o caso, ou ainda a da alínea e), relativa a armas²⁰.

Na hipótese de ser aplicada medida de coação de afastamento e proibição de contactos (ou a prisão preventiva), o MP deve promover a respetiva comunicação ao Tribunal de Família e Menores, para que seja tomada em conta em sede de regulação das responsabilidades parentais ou outra providência cível ou de promoção e proteção de menores.

Não é possível efetuar a detenção do arguido encontrado em violação da medida de coação de afastamento ou de proibição de contactos, nem tal violação constitui crime. A notícia dessa violação deve ser comunicada ao MP pela vítima ou pelos OPC ou por qualquer entidade, para uma possível revisão da medida de coação, nos termos do artigo 203º do CPP.

As medidas de proteção a adotar pelas autoridades judiciais devem ter em conta a situação no momento pois por vezes a vítima e o agressor já se encontram reconciliados o que coloca dificuldades acrescidas de apreciação, designadamente quando está em execução medida de coação.

²⁰ Ao abrigo do n.º1, alínea d), do artigo 108º da Lei 5/2006, pode ser promovida junto da PSP a cassação de licença do uso e porta de arma, e ainda, a aplicação pela entidade competente de medida cautelar disciplinar de desarmamento (cfr. artigo 74º do Regulamento Disciplinar da PSP e artigo 75º do Regulamento Disciplinar da Polícia Marítima).

10. As estatísticas relativas à violência doméstica

A problemática da violência doméstica deve continuar a preocupar entidades públicas e sociedade civil pois na verdade as estatísticas demonstram que continuam a aumentar os casos denunciados às autoridades.

Segundo os dados do RASI²¹ de 2016, que respeitam a ocorrências registadas pela GNR e pela PSP e se referem a casos de violência doméstica, independentemente de terem sido registadas como outro tipo de crime mais grave, designadamente, homicídio e violação, constata-se que em Lisboa no Porto em Setúbal, Braga e Aveiro houve um aumento das participações por violência doméstica²².

De salientar que as estatísticas têm demonstrado que a maioria das vítimas de violência no contexto das relações de intimidade e na família são mulheres. Neste âmbito as Nações Unidas – UN WOMEN (2011) – afirmaram que dos dados compilados em 2011 em 89 países, 70% das mulheres sofrem violência física ou sexual durante a sua vida perpetrada por homens.

Conclusão

As medidas de cautelares a adotar pelos OPC no âmbito da proteção das vítimas de violência doméstica previstas na Lei revelam-se de certa forma insuficientes, tendo em conta que na maioria dos casos de violência doméstica ocorre uma revitimação, devido à falta de alternativa por parte da vítima em abandonar a sua morada de família.

As medidas cautelares e de polícia de proteção por vezes mostram-se ineficazes, pois sem a constatação do flagrante delito por parte dos OPC a proteção da vítima pode ficar

²¹ Relatório Anual de Segurança Interna de 2016.

²² Também o Relatório Anual de Segurança Interna do Ministério da Administração Interna mostra que, em 2012, as forças de segurança registaram 26.084 participações de violência doméstica (26.678, segundo atualização da DGAI) e 37 homicídios conjugais; 82% das vítimas eram mulheres e 87% dos denunciados eram homens; 61% das vítimas eram cônjuge ou companheira/o, 17% eram ex-cônjuge/ex-companheira/o, 14% eram filho/a ou enteado/a, cerca de 6% eram pai/ mãe/ padrasto/madrasta e 3% correspondiam a outras situações.

comprometida, especialmente nas situações em que as vítimas não pretendam abandonar a residência. Outro problema complexo que expõe a vítima a riscos de segurança é a violação da proibição de não contacto ou aproximação por parte dos arguidos. Pois torna-se recorrente este comportamento por parte dos arguidos sem a devida resposta das autoridades competentes.

No âmbito da atuação dos OPC, a Juiz de Instrução do Tribunal de Évora numa comunicação no CEJ em 2012, defende que se vá mais além do já previsto e se estabeleçam medidas cautelares de afastamento a empreender por parte dos órgãos de polícia criminal, no caso de estar em causa crime de violência doméstica, desde que imprescindíveis à salvaguarda imediata dos direitos da vítima e dos filhos menores e não seja possível aguardar pela intervenção da autoridade judiciária.

De realçar que a atual carência de meios humanos das instituições policiais com responsabilidade na proteção leva a que as vítimas de violência domésticas em muitas esquadras e postos de polícias sejam atendidas nos serviços de atendimento generalistas e não como prevê a lei, por elementos especializados e em espaço apropriado.

As entidades policiais têm responsabilidades na proteção de pessoas e bens, por esse motivo, não deveria o legislador pretender atribuir aos profissionais das forças de segurança funções que são de difícil concretização devido à natureza da formação dos elementos policiais, referimo-nos concretamente às avaliações de risco que deveriam ser da responsabilidade exclusiva de Técnicos da Segurança Social ou Psicólogos das Associações de apoio às vítimas.

Por último revela-se fundamental uma maior atenção para uma realidade escondida - os idosos, deficientes e as crianças. Na verdade estes grupos vulneráveis e indefesos por vezes não são protegidos como deveriam, constatando-se os maus tratos praticados pelos próprios familiares durante longos períodos de tempo. Para cumprir o previsto na Constituição, garantir uma proteção efetiva dos Direitos Liberdades e Garantias às vítimas Violência Doméstica – o enfoque da atuação policial deveria alargar-se também a estes grupos vulneráveis.

O LUGAR E O SENTIR DA CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSOS SEXUAIS – A VISÃO DO DIREITO

*Paulo Guerra**

Clara passeava no jardim com as outras crianças.
O céu era verde sobre o relvado, a água era dourada sob as pontes.
Outros elementos eram azuis, róseos, alaranjados.
O guarda-civil sorria, passavam bicicletas, a menina pisou a relva para pegar num
pássaro.
O mundo inteiro, a Alemanha, a China, tudo era tranquilo em redor de Clara.
As crianças olhavam para o céu: não era proibido.
A boca, o nariz, os olhos estavam abertos.
Não havia perigo nos afagos dos adultos.
Os perigos que Clara temia eram a gripe, o calor, os insectos.
Clara tinha medo de perder a camioneta das 11 horas,
Esperava cartas que tardavam em chegar e nem sempre podia usar um vestido novo.
Mas passeava no jardim pela manhã...
É que havia jardins e havia manhãs naquele tempo!

Carlos Drummond de Andrade, Lembrança de um Mundo antigo

1. O Abuso Sexual Infantil é definido como a exposição de uma criança a estímulos sexuais impróprios para a sua idade, o seu nível de desenvolvimento psicossocial e o seu papel na família.

* Juiz Desembargador e Diretor-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

No fundo, o abuso sexual infantil é qualquer conduta sexual com uma criança, originado por um adulto ou criança mais velha, em que ocorre:

- penetração vaginal/anal,
- toque da criança nos genitais do adulto e vice-versa,
- contacto genital-anal,
- contacto entre genitais do adulto e da criança,
- exibição de genitais do adulto à criança,
- incitamento da criança a ver revistas ou filmes pornográficos
- utilização da criança para o fabrico de material pornográfico.

A situação de ABUSO SEXUAL origina a intervenção de dois domínios do sistema judiciário, com canais necessariamente comunicantes:

- JUSTIÇA PROTECTIVA – a intervenção de promoção e protecção e a intervenção tutelar cível (a VÍTIMA) e a
- JUSTIÇA PENAL (o AGRESSOR).

Na primeira, existem etapas decisivas:

- a. A denúncia
- b. A proteção imediata da criança
- c. O diagnóstico interdisciplinar de cada caso
- d. A elaboração de projeto de recuperação da criança e da família (se for possível)
- e. Execução desse projeto

Por sua vez, a LPCJP (a lei que em Portugal tutela as situações de crianças e jovens em perigo – aprovada pela Lei n.º 147/99 de 1/9, revista em 2003 e 2015), prevê mecanismos para que estas vítimas de abuso sexual sejam celere e adequadamente protegidas:

- **Urgência dos processos:**

Artigo 102.º

Processos urgentes

1 - Os processos judiciais de promoção e proteção são de natureza urgente, correndo nas férias judiciais.

2 - Os processos não estão sujeitos a distribuição, sendo imediatamente averbados ao juiz de turno.

- **Os exames médicos:**

Artigo 87.º

Exames

1 - Os exames médicos que possam ofender o pudor da criança ou do jovem apenas são ordenados quando for julgado indispensável e o seu interesse o exigir e devem ser efetuados na presença de um dos progenitores ou de pessoa da confiança da criança ou do jovem, salvo se o examinado o não desejar ou o seu interesse o exigir.

2 - Os exames médicos referidos no número anterior são realizados por pessoal médico devidamente qualificado, sendo garantido à criança ou ao jovem o necessário apoio psicológico.

3 - Aos exames médicos é correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 9.º e 10.º, salvo nas situações de emergência previstas no artigo 91.º.

4 - Os exames têm caráter de urgência e, salvo quando outro prazo for exigido pela sua natureza, os respetivos relatórios são apresentados no prazo máximo de 30 dias.

5 - A comissão de proteção ou o tribunal podem, quando necessário para assegurar a proteção da criança ou do jovem, requerer ao tribunal certidão dos relatórios dos exames efetuados em processos relativos a crimes de que tenham sido vítimas, que possam ser utilizados como meios de prova.

- **A compreensibilidade do processo para a criança, o depoimento da criança e a companhia havida nesses depoimentos:**

Artigo 4.º

Princípios orientadores da intervenção

A intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo obedece aos seguintes princípios:

- b) Privacidade* - a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;
- i) Obrigatoriedade da informação* - a criança e o jovem, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;
- j) Audição obrigatória e participação* - a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção.

Artigo 84.º

Audição da criança e do jovem

As crianças e os jovens são ouvidos pela comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção, nos termos previstos nos **artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro**:

Artigo 4.º

Princípios orientadores

1 - Os processos tutelares cíveis regulados no RGPTC regem-se pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo e ainda pelos seguintes:

a) Simplificação instrutória e oralidade - a instrução do processo recorre preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, nomeadamente, **no que concerne à audição da criança que deve decorrer de forma compreensível, ao depoimento dos pais, familiares ou outras pessoas de especial referência afetiva para a criança, e às declarações da assessoria técnica, prestados oralmente e documentados em auto**;

c) Audição e participação da criança - a criança, com capacidade de compreensão dos

assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.

2 - Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica.

Artigo 5.º

Audição da criança

1 - A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciais na determinação do seu superior interesse.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz promove a audição da criança, a qual pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito.

3 - A audição da criança é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma.

4 - A audição da criança respeita a sua específica condição, garantindo-se, em qualquer caso, a existência de condições adequadas para o efeito, designadamente:

a) A não sujeição da criança a espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou inadequado à sua idade, maturidade e características pessoais;

b) A intervenção de operadores judiciais com formação adequada.

5 - Tendo em vista o cumprimento do disposto no número anterior, privilegia-se a não utilização de traje profissional aquando da audição da criança.

6 - Sempre que o interesse da criança o justificar, o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder à audição da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos atos processuais posteriores, incluindo o julgamento.

7 - A tomada de declarações obedece às seguintes regras:

a) A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir,

nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a criança ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito;

b) A inquirição é feita pelo juiz, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais;

c) As declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas quando aqueles meios não estiverem disponíveis e dando-se preferência, em qualquer caso, à gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem;

d) Quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;

e) Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;

f) A tomada de declarações nos termos das alíneas anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela deva ser possível e não puser em causa a saúde física e psíquica e o desenvolvimento integral da criança;

g) Em tudo o que não contrarie este preceito, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime processual civil previsto para a prova antecipada.

- **Carácter reservado dos processos:**

Artigo 88.º

Caráter reservado do processo

1 - O processo de promoção e proteção é de carácter reservado.

2 - Os membros da comissão de proteção têm acesso aos processos em que intervenham, sendo aplicável, nos restantes casos, o disposto nos n.ºs 1 e 5.

3 - Os pais, o representante legal e as pessoas que detenham a guarda de facto podem consultar o processo pessoalmente ou através de advogado.

4 - A criança ou jovem podem consultar o processo através do seu advogado ou pessoalmente se o juiz ou o presidente da comissão o autorizar, atendendo à sua maturidade, capacidade de compreensão e natureza dos factos.

5 - Pode ainda consultar o processo, diretamente ou através de advogado, quem manifeste interesse legítimo, quando autorizado e nas condições estabelecidas em despacho do presidente da comissão de proteção ou do juiz, conforme o caso.

6 - Os processos das comissões de proteção são destruídos quando a criança ou jovem atinjam a maioridade ou, no caso da alínea d) do n.º 1 do artigo 63.º, aos 21 anos.

7 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, a informação a que alude o disposto no n.º 1 do artigo 13.º-A é destruída assim que o processo ao abrigo do qual foi recolhida seja arquivado, pelo facto de a situação de perigo não se comprovar ou já não subsistir.

8 - Em caso de aplicação da medida de promoção e proteção prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º, deve ser respeitado o segredo de identidade relativo aos adotantes e aos pais biológicos do adotado, nos termos previstos no artigo 1985.º do Código Civil e nos artigos 4.º e 5.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, e, salvo disposição especial, os pais biológicos não são notificados para os termos do processo posteriores ao trânsito em julgado da decisão que a aplicou.

9 - Quando o processo tenha sido arquivado nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 21.º, é destruído passados dois anos após o arquivamento.

- **A mediatização do perigo**

Artigo 90.º

Comunicação social

1 - Os órgãos de comunicação social, sempre que divulguem situações de crianças ou jovens em perigo, não podem identificar, nem transmitir elementos, sons ou imagens que permitam a sua identificação, sob pena de os seus agentes incorrerem na prática de crime de desobediência.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, os órgãos de comunicação social podem relatar o conteúdo dos atos públicos do processo judicial de promoção e proteção.

3 - Sempre que tal seja solicitado e sem prejuízo do disposto no n.º 1, o presidente da comissão de proteção ou o juiz do processo informam os órgãos de comunicação social sobre os factos, decisão e circunstâncias necessárias para a sua correta compreensão.

2. As vítimas de abuso sexual também falam.

E querem falar, tantas vezes através de hesitações, esgares, silêncios comprometidos e constrangedores, sinais...

Nem sempre produzem palavras.

Porque o acto de que foram vítima é, por demais, monstruoso para caber num catálogo de sílabas e ditongos, substantivos e adjetivos.

E, quando se fala em crianças, tal ainda é mais verdadeiro.

A sua linguagem roça a infantilidade, como não podia deixar de ser.

Mas é cheia de imagens e metáforas, não intelectualmente trabalhadas mas naturalmente ditadas, na medida em que a realidade nua e crua ainda não é fácil e completamente percebida pelos seus pueris sentidos.

Elas edificam frases como estas:

- Paciência é uma coisa que mãe perde sempre.
- Relâmpago é um barulho rabiscando o céu.
- Palhaço é um homem todo pintado de piadas.
- Sono é saudade de dormir.
- Arco-íris é uma ponte de vento.
- Deserto é uma floresta sem árvores.
- Felicidade é uma palavra que tem música
- Rede é uma porção de buracos amarrados com fio.
- Vento é ar com muita pressa.
- Cobra é um bicho que só tem rabo.
- Helicóptero é um carro com ventilador em cima.

- Esperança é um pedaço da gente que sabe que vai dar certo.
- Alegria é um palhacinho no coração da gente.
- Avestruz é a girafa dos passarinhos

Como expressar-se quando são tocadas ou violentadas em termos sexuais?

Nestas situações de abuso sexual de crianças, a prova é difícil.

Por sistema, quer-se sempre atacar o depoimento da própria vítima.

E, por isso, anda-se em busca de incongruências, de pouco rigor, de inverdades...

Sabemos que quanto mais vezes uma testemunha fala sobre o mesmo facto, mais dele se afasta (na sua realidade objectiva), pela reelaboração mental do mesmo que, consciente ou inconscientemente, vai fazendo.

É normal que uma criança que fala em tribunal quando tem 14 anos possa deixar de ser exacta quando recorda factos passados quando tinha 9, 10 ou 11 anos de idade.

Os estudos científicos lançam luz sobre este assunto.

É normal a vítima revelar grandes inibições e dificuldades em relatar os factos, quer pelo esforço que, certamente, fez ao longo do tempo para arredar da memória os abusos de que foi vítima, quer pelas reacções emocionais que sua memória lhe provoca, quer pelo prejuízo que dos mesmos resulta para a sua auto-imagem.

Todas estas condicionantes contribuem de forma decisiva para que as referidas declarações contenham as imprecisões, contradições, omissões e inconsistências apontadas pelo arguido, de tal forma que estranho seria que não padecessem dessas características.

Como tal, concluímos que de tais imprecisões, contradições, omissões e inconsistências não resulta, por si só, que a criança mentiu.

É certo que essas imprecisões, contradições, omissões e inconsistências fragilizam o valor indiciário de tais depoimentos, como se afirmou no Acórdão da Relação de Lisboa de 08/10/2003, in www.dgsi.pt, processo 7002/2003-3, **mas não mais do que isso.**

3. Todos sabemos que é muito complicado lidar com crianças violentadas na sua própria inocência.

«Nessas situações, quão difícil também se torna perceber o que realmente se passou no silêncio dos quartos. Quão delicado é falar com estes menores que nos aparecem assustados e titubeantes e a quem é penoso pedir explicações sobre actos tão vilipendiantes. O interrogatório de um menor deve, assim, revestir, uma extrema delicadeza, havendo que tentar perceber os silêncios, os esgares, os sorrisos nervosos, as hesitações, os olhares, as entrelinhas no discurso de um menor nesta situação.

O menor violentado na sua sexualidade deixa de poder ser sujeito do seu próprio destino, da sua própria história sonhada, projectada ou construída. A história que lhe vão impor ultra-passa-o em velocidade e substância, deixa de ser "sua" para passar a ser aquela que não lhe ensinaram, para a qual não pediram sequer um assentimento seu que fosse. De si, apenas um murmúrio surdo, um grito abafado na calada do quarto dos fundos, no canto recôndito da garagem mal iluminada, um "não" ouvido nas paredes da sua alma que não tinha voz suficiente para soar. De si, apenas urna imagem de um corpo usado como vazadouro de néctares infelizes, numa toada de lamento e dor, tantas vezes silenciada em nome de um amor maior...» (Paulo Guerra, in «O Abuso Sexual de Menores – Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia», Almedina, 2ª Ed., 2006, Rui do Carmo/Isabel Alberto/Paulo Guerra, respectivamente, pp. 61 e 62 e 43).

Restam apenas, em muitas situações, os depoimentos das vítimas, face à inconcludência dos exames científicos feitos.

«E aí restam os depoimentos sofridos, contidos, às vezes infantil e naturalmente contraditórios e incoerentes, das vítimas dos abusos e as demais provas testemunhais circunstanciais – há que dizer, neste jaez, que à Justiça de Menores basta a denúncia séria e minimamente fundamentada para que se despoletem os mecanismos necessários à imediata protecção da vítima, ficando para a Justiça Penal o apuramento de todo um conjunto de pormenores relevantes à descoberta da verdade material. É por demais evidente a prudência que se deve ter na condução do interrogatório de uma vítima de abuso sexual, assente que para ela é doloroso denunciar quem lhe é querido ou uma situação que ainda não compreendeu muito bem, imbuída por sentimentos de preconceituosas moralidades, herdadas de uma sociedade que ainda não aprendeu a lidar de forma saudável como corpo e com o sexo. Para essa vítima, é sempre um segredo que tem de ser revelado» (Paulo Guerra, in «O Abuso Sexual de Menores – Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia», Almedina, 2ª Ed., 2006, Rui do Carmo/Isabel Alberto/Paulo Guerra, pp. 79 e 80).

Por isso, haverá que ter muito cuidado na inquirição feita a uma criança nesta sede.

«Importa equacionar a necessidade de existirem regras específicas para a inquirição dos menores vítimas, para o registo e validade dos seus depoimentos, bem como para o modo de os poder contraditar, num adequado balanceamento entre a exigência do apuramento da verdade, os direitos da criança e os direitos do arguido; investir na formação dirigida a magistrados e membros dos órgãos de polícia criminal; assegurar uma adequada assessoria técnica. ... Tenho para mim que esta (a valoração da prova) tem de ser encarada como uma questão maior da nossa prática judiciária, importando que seja promovido o conhecimento actualizado sobre as técnicas de entrevista e inquirição das crianças sobre o estado das investigações quanto a alguns frequentes pré juízos, como sejam: que as crianças não são tão boas como os adultos na observação e relato dos acontecimentos que lhes respeitam; que têm propensão para fantasiar acerca das questões sexuais; que são altamente sugestionáveis; que têm dificuldade em distinguir a realidade da fantasia; que têm propensão para confabular» (Rui do Carmo, in «O Abuso Sexual de Menores – Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia», Almedina, 2ª Ed., 2006, Rui do Carmo/Isabel Alberto/Paulo Guerra, pp. 74 e 96, nota 39).

E continua Isabel Alberto:

«Perante estas considerações, o contexto físico e pessoal da inquirição deve ser cuidadosamente trabalhado. Deve ser um espaço aconchegante e confortável, longe da agitação e da conotação policial, que não favoreça o encontro e o cruzamento com o agressor, podendo o menor estar acompanhado de um adulto da sua confiança, por ele escolhida para a audição, embora esta pessoa tenha de ser neutra (Carmo, 2000; Hamom, 1988; Somers & Vandermeersch, 1998). A entrevista não pode assumir um aspecto inquisitório, que retrai a vítima, e deve conter desde logo a referência a todos os elementos informativos essenciais: "o primeiro exame convém que seja minucioso, o que igualmente permitirá a recolha de vestígios susceptíveis de desaparecerem ou se atenuarem com o decurso do tempo" (CEJ, 1991, p.12). O recurso ao registo em vídeo das inquirições (Carmo, 2000), com aviso do registo e aceitação da vítima, e uma entrevista bem conduzida evitam a sucessão e a repetição de inquirições, servindo um único registo para todas as fases do processo." (Isabel Alberto, na mesma obra a pp. 81 e 82).

E voltamos ao autor deste artigo:

«Daí que haja a necessidade das entidades que procedem aos interrogatórios destas vítimas estarem munidas de cautelas e de conhecimentos bastantes sobre a arte de interrogar uma criança, de forma a que consigam interpretar esgares, silêncios, hesitações, monossílabos, um simples "sim" ou um simples "não", a construção frásica, a clareza do discurso, as pausas, as interrupções, as emoções e sentimentos que a criança evidencia (vergonha, culpa, tristeza, alegria, alívio, ansiedade), a labilidade e o distanciamento emocionais, o olhar, a postura, o sorriso, a colocação das mãos, o grau de sugestionabilidade, os seus desenhos, o seu comportamento com os brinquedos, o seu comportamento sexualizado, o tipo de pressão ou coerção a que pode estar sujeito, o contexto da sua revelação inicial...

Tais interrogatórios não se devem repetir para que a criança não tenha de injustificadamente reviver as cenas de um passado que quer definitivamente esquecer, sem prejuízo da tomada complementar de declarações sempre que o seu interesse superior o demandar, embora se considere, tal como o faz Razon (Laure Razon, in "Famille incestueuse et confrontation à la justice; de l'acte à la parole. Dialogue – Recherches cliniques et sociologiques sur le couple et la famille", 1999, p.10) que "o primeiro depoimento é a maior parte das vezes o mais desenvolvido, argumentado, logo credível» (Paulo Guerra, na mesma obra a p. 83 e 84).

Concluimos assim que a prova da verificação nos crimes de natureza sexual, por força das circunstâncias, é particularmente difícil, na medida em que escasseia a prova directa, sendo notório que, regra geral, só o arguido e sua vítima têm conhecimento da maioria dos factos.

Daí que assuma especial relevância o depoimento da vítima, desde que, como é evidente, o mesmo seja credível e esteja em sintonia com as regras da experiência comum, pois só nesse caso é susceptível de formar, de forma válida, a convicção do julgador.

4. A prestação de declarações para memória futura realizada em fase de inquérito criminal ou de instrução criminal constitui hoje uma excepção ao princípio da imediação porque, embora percebida de modo directo por um juiz, a prova é produzida perante um juiz (juiz de instrução) que é, em regra, diferente daquele que a vai valorar (juiz de julgamento).

Nessa medida as normas constantes dos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal português (CPP, doravante) revestem natureza excepcional, não se podendo recorrer à analogia.

Vejamos como rezam tais normativos:

Artigo 271.º

Declarações para memória futura

1 - Em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, bem como nos casos de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, o juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou das partes civis, pode proceder à sua inquirição no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

2 - No caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, procede-se sempre à inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior.

3 - Ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e das partes civis são comunicados o dia, a hora e o local da prestação do depoimento para que possam estar presentes, sendo obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor.

4 - Nos casos previstos no n.º 2, a tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do acto processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

5 - A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais.

6 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 352.º, 356.º, 363.º e 364.º.

7 - O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável a declarações do assistente e das partes civis, de peritos e de consultores técnicos e a acareações.

8 - A tomada de declarações nos termos dos números anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar.

Artigo 294.º

Declarações para memória futura

Oficiosamente ou a requerimento, o juiz pode proceder, durante a instrução, à inquirição de testemunhas, à tomada de declarações do assistente, das partes civis, de peritos e de consultores técnicos e a acareações, nos termos e com as finalidades referidas no artigo 271.º

De facto, no direito português só são admissíveis os actos processuais para memória futura taxativamente previstos nos n.ºs 1 e 7 do artigo 271.º do CPP.

Sabemos que, de acordo com essas disposições legais, o acto processual para memória futura pode ter por objecto:

- a inquirição de testemunha em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que a impeçam de ser ouvida em julgamento, **ou se ela for vítima dos crimes do catálogo (tráfico de pessoas e crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual);**
- a tomada de declarações ao assistente em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que o impeçam de ser ouvido em julgamento, **ou se ele for vítima dos crimes do catálogo;**
- a tomada de declarações às partes civis em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que as impeçam de ser ouvidas em julgamento, **ou se elas forem vítimas dos crimes do catálogo;**
- a tomada de declarações ao perito ou ao consultor técnico em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que os impeçam de ser ouvidos em julgamento;

- acareações entre testemunhas, assistentes ou partes civis, desde que se verifique, quanto a um dos participantes, doença grave ou deslocação para o estrangeiro que o impeçam de ser ouvido em julgamento, **ou se ele for vítima dos crimes do catálogo.**

A revisão do CPP, em 1998, ao aditar ao n.º 1 do artigo 271º do CPP a expressão «*bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais*», veio alargar substancialmente o campo de aplicação do instituto das declarações para memória futura, acrescentando a possibilidade de inquirição antecipada das vítimas de crimes sexuais pelo juiz de instrução.

Sandra Oliveira e Silva, in *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2007, chama-lhe “hipótese atípica de produção antecipada de prova”, tendo ficado a dever-se, segundo informa Pinto de Albuquerque, a uma iniciativa de um grupo de juizes do TIC de Lisboa, nas vésperas da revisão de 1998.

O argumento era o seguinte:

- estas testemunhas deveriam ser poupadas ao vexame de ter de repetir a sua história e de reviver a sua dor vezes sem conta, diante do órgão de polícia criminal, do Ministério Público, do Juiz de Instrução e do tribunal de julgamento e neste tantas vezes quantas o julgamento tivesse de ser repetido.

A mesma autora adianta que «*investigações empíricas no domínio da vitimologia têm evidenciado que o dever de testemunhar comporta um assinalável efeito de vitimização secundária em que a pessoa é levada a reviver os sentimentos negativos (medo, ansiedade, dor) experimentados quando da infracção, efeito este especialmente intenso e pernicioso se estiver em causa um núcleo muito restrito de intimidade pessoal como sucede no âmbito dos crimes sexuais*».

Cruz Bucho, em notas publicadas sobre este instituto, datadas de Abril de 2012, disserta assim:

«*Por outro lado, a fiabilidade do testemunho é profundamente condicionado pela passagem do tempo, de tal modo que quanto mais tardiamente for efectuada a produção da prova menor será, em regra, a atendibilidade dos resultados obtidos.*

Pode, pois, concluir-se que neste domínio o recurso a declarações para memória futura procura:

i) evitar os danos psicológicos implicados na evocação sucessiva pelo declarante da sua dolorosa experiência e a sua exposição em julgamento público

ii) fixar os elementos probatórios relevantes a partir do primeiro relato presumivelmente mais próximo e espontâneo, evitando o perigo de contaminação da prova».

Diga-se que a revisão de 2007, operada pela Lei n.º48/2007, de 29 de Agosto, veio alargar ainda mais o catálogo de crimes que admitem as declarações para memória futura neles incluindo, ao lado dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o crime de tráfico de pessoas.

Nessa revisão, no que tange aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, foi ainda imposta a obrigatoriedade da inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior.

Voltamos a Cruz Bucho:

«Entre nós, Catarina Ribeiro refere precisamente que um das potenciais dificuldades de obtenção de prova testemunhal junto de crianças tem a ver com “o impacto psico-emocional da própria situação de testemunho e de participação directa da criança em tribunal” em que a situação de ir a tribunal é susceptível de ser constrangedora e desencadeadora de stress, sobretudo tratando-se de abuso intrafamiliar.

Por outro lado, a repetição de inquirições acerca do mesmo assunto, “para além de ser penoso para a criança, leva a distorções da informação e, conseqüentemente, a alterações da percepção e relato do facto vivido, o que dificulta claramente a investigação judicial e a integração psicológica da situação por parte da criança”.

O recurso às declarações para memória futura revela-se, deste modo, como um instrumento que pode mitigar, em parte, os riscos da vitimização secundária e de distorção probatória, evitando a necessidade de o menor comparecer em audiência de julgamento.

No caso de vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual menores de 18 anos, o legislador prevê que a tomada de declarações seja realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do acto processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito (art. 271.º, n.º4).

O objectivo legal é, preponderantemente, o de garantir a espontaneidade e sinceridade das respostas e, subsidiariamente, o de evitar o impacto psico-emocional da participação directa da criança em tribunal.

Para o efeito, a tomada de declarações deverá ser realizado em ambiente informal e reservado.

Não dispondo os tribunais de locais adequados para o efeito, a tomada de declarações deverá, em princípio, ocorrer no gabinete do juiz, em ambiente informal, pelo que os diversos intervenientes (juiz, Ministério Público, advogados e funcionários) se deverão abster da utilização de traje profissional.

(...)

Entre nós, embora não seja frequente que tal aconteça, nada obsta que a diligência antecipada de prova tenha lugar em local distinto do tribunal, até porque o juiz designa, não apenas o dia e hora mas também o local da prestação do depoimento (n.º3 do artigo 271.º).

Prevê-se ainda a assistência do menor por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

Entre nós, a matéria relativa à audição de crianças constitui, claramente, um domínio onde muito há a fazer, não só a nível legislativo, mas sobretudo ao nível do apetrechamento dos tribunais com as necessárias infraestruturas.

Entre nós, o primeiro espaço que se conheceu especialmente concebido para a audição de crianças reside na denominada “Sala DIAP Júnior”, instalada no DIAP de Lisboa e inaugurada em 1-6-2010 (veja-se, a propósito, o interessante texto de Maria José Morgado, “Sala Diap Júnior – Construir a esperança para as crianças que sofrem”, in PGR - Revista de Informação da Procuradoria- Geral da República, n.º 3, Outubro-Dezembro 2011, págs. 12 e 13».

As declarações para memória futura não são um «ovo de colombo» mas podem contribuir, em largo espectro, para que o depoimento das crianças seja mais digno de crédito nos nossos tribunais, defendendo a vítima da sua própria história, não o levando a repetir vezes em conta o que de mal lhe aconteceu no corpo e na alma.

Deve a criança vítima ser ouvida, se possível, uma só vez e de preferência por alguém que a saiba ouvir, fazendo-lhe as adequadas perguntas.

Como salienta Rui do Carmo, in «*A Justiça e o abuso de crianças e jovens – um caminho em constante construção*», inserido na obra coordenada por Teresa Magalhães sobre «Abuso de Crianças e Jovens», Lidel, 2010:

«As alterações introduzidas no regime das declarações para memória futura procuram dar um novo contributo para a recolha do depoimento da criança vítima em data mais próxima da ocorrência dos factos, em melhores condições e num ambiente mais amigável, assim como para a prevenção dos possíveis efeitos de vitimação secundária provocados pelo decurso do processo».

6. O que é que nós queremos? Uma coordenação de actuações neste domínio.

No fundo, uma concordância prática entre as intervenções criminal e de promoção de direitos e de protecção **em 3 aspectos**:

- **na avaliação dos factos**
- **na obtenção da prova**
- **na protecção da vítima.**

Logo que haja denúncia, deve haver uma simultaneidade de intervenções, por forma a que se alcance uma abordagem holística de cada caso e sem novos danos para vítima, devendo construir-se procedimentos testados de diagnóstico e intervenção, para que a igualdade na aplicação da lei não seja uma retórica.

A vítima não pode sofrer os efeitos da ineficácia do sistema de JUSTIÇA.

Esta intervenção deverá abranger:

- a. a triagem dos casos de acordo com protocolos que definam claramente as normas de valorização dos diversos indicadores (sociais, psicológicos e/ou físicos) e o seu grau de consistência;
- b. A imediata protecção da vítima;
- c. A recolha e conservação de prova para efeitos de procedimento criminal, de instrução do processo de promoção e protecção e de eventual procedimento tutelar cível;

d. O desenvolvimento de acções no sentido de evitar a revitimização e a vitimização secundária.

O OBJECTIVO é o de criar uma concordância prática entre as diferentes intervenções da JUSTIÇA que são desencadeadas pela ocorrência de uma ofensa à liberdade e à autodeterminação sexual de uma vítima menor de idade, à luz do denominador comum da defesa e promoção do interesse superior – o MELHOR interesse - da criança e do jovem.

Ou seja,

- **Nos casos de crimes sexuais nos quais seja ofendido menor de idade,** tendo presente a especial vulnerabilidade da vítima, em razão da sua idade e da natureza dos actos de que foi alvo, fortemente perturbadores da sua intimidade e integridade sexual, deverá o Ministério Público, sempre que possível e salvo a existência de especiais e ponderosas razões que o desaconselhem, **providenciar pela tomada de declarações para memória futura ao ofendido, nos termos prevenidos no artigo 271º do CPP,** assegurando também que, tendo presente o estatuído na parte final do seu nº.3, no decurso dessa diligência, esteja obrigatoriamente presente defensor do arguido constituído ou a constituir, assim se assegurando o princípio do contraditório que vigora em processo penal.

- Visando a realização de tal diligência acautelar a genuinidade do depoimento, em tempo útil e salvaguardando também os interesses decorrentes da especial vulnerabilidade da vítima em favor da qual se encontra pendente processo de promoção e protecção, deverá ser estabelecida articulação entre o magistrado do Ministério Público da área de Família e Menores e da área Criminal, assim devendo ser **compatibilizados e concertados os tempos da realização daquela diligência com outras cuja realização se imponha.**

7. No seu regresso à cidade, Buda encontrou-se com um transeunte que, impressionado pela luz e energia que aquele irradiava, o questionou:

“- Você é um Deus? – Não, respondeu Buda. - Você é um santo? - Não, respondeu Buda novamente. - Então, você é um príncipe? - Não, - respondeu Buda sem parar de andar. – Só estou acordado”».

Temos todos de estar permanentemente acordadas pois essa é a sua luz, aquela que ilumina os casarios e vigia as crianças portuguesas ou ali residentes no seu sono.

O sistema tem a sua porção de Poder na mão, tentando optimizar a protecção da criança vítima de crimes sexuais, que tem pleno direito a que a Justiça não potencie e prolongue o seu natural sofrimento!

Mas não tenhamos ilusões – o Poder só é necessário para fazer o Mal.

E não esqueçam o principal - **para fazer todo o resto, muitas vezes, basta o AMOR!**

Coimbra, 30.5.2017

A VIOLÊNCIA SEXUAL NAS RELAÇÕES DE INTIMIDADE

Leonor Valente Monteiro*

Farene Fonseca**

Reconhecendo, tal como a Convenção de Istambul¹ reconhece, que a realização *de jure e de facto* da igualdade entre homens e mulheres é um elemento chave na prevenção da violência contra mulheres, o que, na realidade, não se encontra alcançada.

Tendo identificado que a violência contra as mulheres permanece na nossa sociedade de forma dissimulada, e que se torna imprescindível para melhor atuar na sua defesa, obter o depoimento das vítimas e a sua ajuda na angariação das demais provas.

Sabendo que as mulheres e raparigas estão muitos vezes expostas a formas graves de violência que constituem violações graves dos seus direitos humanos os quais são um obstáculo à sua progressão plena e à realização da igualdade entre homens e mulheres.

Tendo consciência que muitos casos de violência doméstica acabam por não ser sinalizados por parte das vítimas, geralmente por medo, vergonha, por sofrerem de algum tipo de manipulação ou ameaça de represálias por parte dos agressores.

Sendo que, se atentarmos à violência sexual entre ex/cônjuges ou outros em condições análogas às dos cônjuges, - ainda que sem coabitação como as relações de namoro, - mais ainda verificamos que a problemática é ocultada, não só pela sociedade como pelas próprias vítimas. Tal acontecendo, não só devido à natureza sexual do ato criminoso mas também pelo facto daquele ser perpetrado pelo seu parceiro íntimo, tornando a sua denúncia mais difícil, logo, frequentemente nula.

Por conseguinte, verificamos a existência de uma significativa subestimação do grau real do dano causado à vítima, que, diga-se, muitas vezes nem sequer tem verdadeira consciência

* Coordenadora Geral da Associação *Projecto Criar*.

** Técnica de Medicina Legal e Ciências Forenses

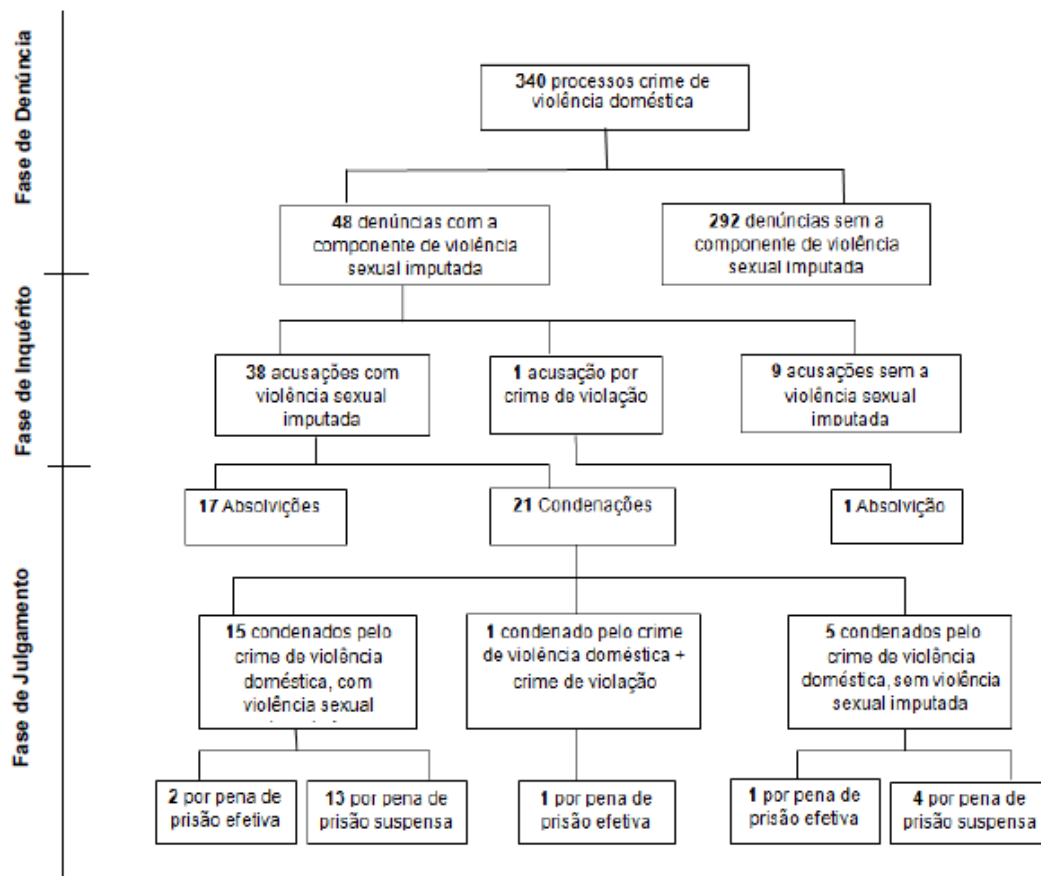
¹ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011 e ratificada por Portugal tendo entrado em vigor no nosso ordenamento jurídico Português no dia 1 de Agosto de 2014, fazendo desde então sua parte integrante e de aplicação obrigatória.

dessa violência sexual, porquanto, como veremos, muitas mulheres consideram ser um dever conjugal ter relações sexuais contra a sua vontade.

Decidimos levar a cabo o estudo que aqui trazemos, sendo o primeiro estudo em Portugal a analisar a violência sexual nas relações de intimidade, baseando-se na apreciação crítica de 340 decisões judiciais proferidas entre os anos de 2009 e 2013² no âmbito de processos-crime de violência doméstica entre ex/cônjuges ou outros em condições análogas.

Contudo, destas 340 decisões judiciais analisadas, somente 48 puderam ser tidas em conta como amostra final, uma vez que apenas estas 48 continham denúncia de violência sexual (Figura 1).

Figura 1. Decisões judiciais.



Os resultados decorrentes da sua análise revelaram que as decisões judiciais se basearam não só nas declarações das vítimas mas também nas conclusões médico-legais e forenses, nas

² Limitou-se o estudo ao ano de 2013 por se estimar que os casos desse ano a nível do tribunal já estariam findados no momento de estudo.

conclusões da psicologia forense, na frequência e circunstâncias em que ocorreu a violência sexual, as quais, quando confirmativas, também contribuíram significativamente para a condenação.

Dos 48 casos de violência doméstica onde também era denunciada a violência sexual, ocorreram 15 condenações (31%) pelo crime de violência doméstica (com a violência sexual imputada e provada) e 1 condenação (2%) em cúmulo jurídico pelos crimes de violência doméstica e de violação, o que ocorreu através da alteração substancial dos factos operada pelos julgadores/as no decorrer do julgamento, porquanto a acusação só previa a possível condenação pelo crime de violência doméstica. Nos restantes 32 casos (67%) não houve condenação por violência sexual por ausência ou insuficiência de prova.

Quanto ao único caso (2%) com acusação em fase de inquérito não só pelo crime de violência doméstica mas também pelo crime de violação, o arguido acabou por ser absolvido em fase de julgamento depois de a vítima ter desistido da queixa. O facto do crime de violação ter natureza de crime semi-público tornou possível esta decisão tomada pela vítima.

Relativamente às penas atribuídas aos arguidos nos 15 casos em que foram condenados pelo crime de violência doméstica, com violência sexual incluída, apenas 2 dos arguidos foram condenados em pena de prisão efetiva, sendo os restantes 13 condenados em pena suspensa – todos com penas não superiores 3 anos.

Ao único arguido condenado pelo crime de violência doméstica e pelo crime de violação, foi-lhe atribuída uma pena única (em cúmulo jurídico) de 6 anos de prisão.

Contudo, estas variações na não imputação da violência sexual por parte dos/das magistrados/as, mesmo quando existem denúncias sobre tais factos, podem ser explicadas por insuficiência ou ausência de prova mas, sobretudo, por influências ou questões culturais e/ou sociais que perduram, mesmo nos dias de hoje, nas mentalidades. Veja-se a título de exemplo o excerto de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça para a não imputação da violência sexual no crime ocorrido: *“O arguido e a ofendida eram casados um com o outro e, no quadro da relação matrimonial o consentimento do trato sexual está implícito na própria relação [...]”* (Proc. n.º 2/11.1SLPRT).

Para além das questões culturais, também a ideia pré-concebida que cada juiz/a mantem – durante o período de tempo analisado (anos de 2009 até 2013) – sobretudo acerca do conceito de violência e/ou ameaça grave que levam à absolvição pelo crime de violação e consequentemente ao baixo número de anos de punição do arguido. Citamos o mesmo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: *“Quer a acção de agarrar quer a insinuação de agressão expressam pobremente a violência e ameaça empregues. [...] A isto acresce, de acordo com os factos provados, que a ofendida manteve relações sexuais, contra a sua vontade, apenas por recear ser agredida fisicamente.”*

Através do presente estudo concluímos que a denúncia das vítimas ainda é pouco valorada por parte dos tribunais quanto à violência sexual, quer em fase de inquérito quer em fase de julgamento, não se reconhecendo que de facto elas sofreram do crime de violação por parte do seu parceiro íntimo.

Quanto a este fenómeno, a Convenção de Istambul veio estabelecer não só que o crime de violação deve ser um crime público, o que ainda não acontece em Portugal – pois atualmente ainda se trata de um crime semipúblico –, como também entende que os Estados devem assegurar que a violação sexual que ocorre dentro das relações de intimidade deve ser igualmente punida (artigo 36º).

Como é necessário existir congruência entre o elemento objetivo e subjetivo do crime deparamo-nos de imediato com um problema. Por vezes o Ministério Público não refere ou não coloca de forma implícita na acusação se o ato de violência sexual foi cometido com ou sem dolo por parte do arguido (ex.: Proc. n.º 208/14.1PIPRT). Apesar de nada se poder acrescentar para além daquilo que vem implícito na acusação pode contudo o/a juiz/a, conhecendo os factos, imputar ao arguido a prática de um crime diverso daquele que vem descrito na acusação, recorrendo desta forma à alteração de qualificação jurídica. Para além disso, existe uma prerrogativa no artigo 152.º n.º1 do CP, que não se encontra a ser cumprida pelos tribunais, a qual refere que o crime de violência doméstica só é aplicável *“se pena mais grave [...] não lhe couber por força de outra disposição legal”* e, sendo que o crime de violação prevê uma moldura penal mais gravosa (de 3 a 10 anos de prisão) do que a prevista para o crime de violência doméstica (de 2 a 5 anos de prisão), não há dúvidas que este último perde a sua

autonomia em relação ao crime de violação, devendo o arguido ser punido não só pelo crime de violência doméstica (havendo nomeadamente, para além da sexual, violência física, psicológica, económica ou social), como também pelo crime de violação, condenando-se o arguido numa única pena, mais gravosa, por ser aplicada em cúmulo jurídico. Assim sendo, se for o caso, o arguido deverá ser condenado pelos dois tipos legais aquando na prática de violência física e/ou psicológica e sexual, ou seja, poderá ser condenado pelo crime de violação por ofensas sexuais e pelo crime de violência doméstica por outras ofensas.

Por outro lado, na amostra do estudo verificamos que ao único arguido condenado pelo crime de violência doméstica e pelo crime de violação, foi-lhe atribuída uma pena única (em cúmulo jurídico) de 6 anos de prisão, o que demonstra que quando o tribunal julga pelos dois crimes em simultâneo, fazendo o cúmulo jurídico no final, tal resulta numa pena mais gravosa, efetiva e dissuasora, cumprindo-se assim o que consta, não só, no artigo 45º da Convenção de Istambul, como, do artigo 152º do Código Penal, que tal como explicamos refere dever punir-se também por outro crime distinto da violência doméstica, quando da sua prática resulte também a existência de um outro crime mais gravoso. Assim, por exemplo, se o arguido cometer agressões físicas e psicológicas, bem como violência sexual sobre a vítima, está a incorrer não só no crime de violência doméstica (pelas agressões físicas e psicológicas), mas também no crime de violação, porquanto o crime de violação prevê uma pena mais gravosa que o de violência doméstica. Donde, deve ser punido pelos dois crimes e não só pelo de violência doméstica.

Contudo, os dados em análise permitem-nos afirmar que é muito raro os/as magistrados/as aplicarem esta faculdade que a lei lhes atribui.

Existem magistrados/as a defender que todo e qualquer tipo de violência sexual se encontra implícito no crime de violência doméstica (quase 100% da amostra do estudo). Para estes/as, todo e qualquer ato criminal sexual (forçado), que seja cometido dentro de uma relação íntima, é considerado só e apenas crime de violência doméstica, pois este crime 'abrange todas as vertentes' do seio familiar. Acreditam sim que de facto ocorreu violência sexual mas esta será punida dentro do mesmo tipo legal de crime, impedindo o arguido de cumprir pena por um número maior de anos, quando o artigo obriga a que se recorra à norma

que puna de forma mais gravosa aquele ato criminoso (violência sexual). E mesmo quando o ato de forçar a mulher a ter relações sexuais é praticado com dolo pelo agente e este dolo vem implícito na acusação, a verdade é que a maior parte das vezes o arguido é apenas acusado por violência doméstica (ex.: Proc. n.º 2/11.1SLPRT).

No que concerne à condenação, a maioria dos arguidos são apenas punidos pelo crime de violência doméstica tal como vem expresso na acusação, quando na verdade consideramos que deveriam ter sido condenados por dois crimes de forma autónoma – crime de violação (pela agressão sexual) e crime de violência doméstica (pela agressão física e/ou psicológica) – sendo que só desta forma se faria inteira justiça e se chegaria a sanções dissuasoras e efetivas (como pede a Convenção de Istambul – artigo 45º).

Veja-se que em apenas uma de 21 condenações foi possível verificar o Tribunal a condenar um único arguido pelos dois crimes (de violação e de violência doméstica), mesmo quando só vinha acusado pelo crime de violência doméstica. Tal demonstra que esta situação é legalmente admissível, e desejável, mas simplesmente não é posta em prática por questões meramente culturais.

Por outro lado, quisemos neste estudo perceber porque motivos em 340 processos judiciais, apenas em 48 deles era denunciada a violência sexual, quando empiricamente sabemos que um agressor tem tendência a ser agressivo também a esse nível. Assim, de forma a entender o facto de existirem poucas denúncias de violência sexual foi ainda realizado um sub-estudo a partir de 150 inquéritos distribuídos a mulheres com idade igual ou superior a 18 anos que nunca tivessem apresentado denúncias deste género.

A partir da análise dos resultados demonstrados verificou-se que, apesar da maioria das mulheres não concordar que a relação sexual é um dever conjugal (60.7%), a verdade é que ainda grande parte (39.3%) concorda que o ato sexual é um dever conjugal independentemente da vontade da mulher. Este grupo de mulheres (39.3%) encontra-se sobretudo na região do distrito de Vila Real (74.6%), com idades compreendidas entre os 46-55 anos (25.4%), casadas (57.6%), com ensino secundário (37.3%) e empregadas (57.6%).

Embora 86 mulheres (57.3%) tenham dito que nunca tiveram relações sexuais com o companheiro sem que tivessem vontade, 64 delas (42.7%, quase metade) responderam que já mantiveram relações sexuais contra a sua vontade, quatro vezes ou mais (78.1%), pois entendem que o ato sexual é um dever conjugal independentemente da sua vontade.

Destes 64 casos que mantiveram relações sexuais contra a sua vontade, 33 (51.6%) mantiveram pelo facto de ser 'a sua obrigação enquanto companheira/esposa', 19 (29.7%) porque foram obrigadas e 12 (18.8%) por outras razões, como o medo de perder o companheiro/marido e/ou para o ver feliz.

Por sua vez, ainda que 31 mulheres (20.7%) tenham dito que nunca responderam com um 'não' ao companheiro/marido quando este pretendia manter consigo relações sexuais, a maior parte delas, ou seja 119 (79.3%) mulheres, disseram que já tinham negado ao seu companheiro/marido o ato sexual por este pretendido. Destes 119 casos, 86 (72.3%) responderam que o companheiro/marido as respeitou, 14 (11.8%) que ele 'aceitou' o seu 'não' mas a agrediu verbalmente, 9 (7.6%) que foram obrigadas a ter porque o companheiro/marido as ameaçou e 10 (8.4%) responderam que foram obrigadas através do uso da agressão física.

A partir dos resultados obtidos podemos concluir que cerca de 1 em cada 3 mulheres considera ser seu dever manter relações sexuais com o companheiro/marido contra a sua vontade e 1 em cada 5 é agredida quando diz ao companheiro que não quer ter relações sexuais, sendo obrigada a manter.

De acordo com os elementos que conseguimos obter através deste sub-estudo, verificamos que em nenhum destes casos (100%) foi apresentada denúncia de violência sexual, mesmo nos casos onde ocorreu agressão física e/ou ameaças. Apesar de este sub-estudo não conseguir determinar as razões pelas quais estas mulheres não apresentaram denúncia, podemos perceber através da doutrina que os seus motivos se devem prender com questões relacionadas com o medo, a insegurança jurídica, falta de uma rede de apoio efetiva e a vergonha em expor factos tão íntimos.

Por outro lado, pudemos constatar a imagem cultural de submissão das mulheres em relação aos homens, mentalidade que continua presente na sociedade que ainda é implicitamente patriarcal e que as leva a considerar que por serem casadas o ato sexual é

obrigatório, mesmo contra a sua vontade, não se percebendo como vítimas de violência sexual. Esta submissão não se esgota na mentalidade das mulheres casadas pois, como atestamos, também as mulheres solteiras (25.4%) consideram exatamente o mesmo, motivo pelo qual esta ideia permanece, continuando a transmitir-se de geração em geração nas mais variadas faixas etárias, estados civis e classes sociais.

Por conseguinte, a baixa denúncia não se deve só ao medo das mulheres, que conscientemente são vítimas, em denunciar a agressão física e/ou ameaça na perpetração do ato sexual por parte do parceiro íntimo mas também ao facto da relação ser vista como um dever perante o parceiro íntimo ou à não percepção de vitimização.

Conclui-se assim que existe um grupo significativo de mulheres que nem sequer se apercebe que é vítima de violência sexual, uma vez que interiorizam o seu papel estereotipado levando-as a aceitar, mesmo contra a sua vontade, satisfazer sexualmente o seu companheiro, interiorizando a ideologia que legitima a posição patriarcal por parte do companheiro. Porém, para além destas vítimas, existem outras que percebem a violência mas vivem caladas no seu sofrimento e ainda aquelas que conseguem ganhar coragem para enfrentar a situação e denunciar o companheiro. Quando esta decisão é tomada é necessário que o direito penal reprima o delito de forma a fazer-se justiça. Afinal é ao direito penal que compete preservar os direitos de cada pessoa e da sua dignidade humana, tendo por base o conteúdo de uma boa investigação, punindo cada crime de forma autónoma, independente, efetiva e justa.

TUTELA PENAL DO IDOSO: VERDADE OU UTOPIA?¹

Marta Mendes*

A presente apresentação, intitulada *A Tutela Penal do Idoso: verdade ou utopia?* pretende ser uma exposição jurídico-dogmática da tutela (eventualmente) existente, averiguando os seus meandros como resposta adequada e eficaz à proteção do “ser-aí-diferente” particularmente indefeso², em razão da sua idade avançada³.

Numa primeira excursão pela temática, indagamos sobre a ética do cuidado, enquanto relação do eu para consigo mesmo, do eu para com o(s) outro(s) e do(s) outro(s) para com o eu. Se tudo na natureza está sujeito a uma “lei de coerência ou de consistência interna”, certo é que também a natureza humana se vê banhada por tal imposição. Assim, os seres vivem na união, vivem pela união: uma união de diferenças. Neste conspecto, na diferença (no ser enquanto diferença) radicam as proibições e imposições, que permitem que essa diferença face aos “outros” não seja aniquilada⁴. Se todo e qualquer ser humano é uma manifestação do “ser-aí” e do “ser-com-os-outros”⁵, não parece o direito (sobretudo, o direito penal) poder alhear-se de tal realidade social complexa. O direito, nomeadamente o direito penal, enquanto realidade com densidade e parâmetros próprios, tem de emergir daquela ideia resignadora de “mero receptáculo de valorações” e assumir todas as suas capacidades de captação,

* Técnica de Apoio à Vítima na Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)

¹ Comunicação baseada na Dissertação intitulada “A Tutela Penal do Idoso: a indagação sobre um novo (velho?) bem jurídico”, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico Criminais, cujo Orientador foi Professor Doutor José Francisco de Faria Costa (disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/40917>).

² Conotação com a expressão utilizada pelo legislador, no nosso ordenamento jurídico.

³ Neste tópico, cumpre fazer severas advertências, limitando por tais, o nosso objeto de estudo. Desde logo, pela concreta classe a que nos referimos i) pessoa idosa e/ou velha e ii) vítima de crime(s). Assim, não se abordará uma outra face, ou seja, o idoso enquanto agente de crime(s) e a procura da pena justa. Sobre este assunto ver BURGOA, Elena, “Reflexões para desenvolver um Direito penal de maiores. Alguns casos na jurisprudência (na procura da pena justa para idosos)”. *Julgar* (2012), disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Elena-Burgoa-Reflex%C3%B5es.pdf>, consultado a 20-11-2014.

⁴ Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 76 e ss.

⁵ Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, op. cit., p. 283.

compreensão e interpretação do seu próprio ordenamento, enquanto expressão do mundo circundante⁶.

Ora, na sociedade atual dominada pela complexidade e pluralidade, onde as relações se assumem cada vez mais como anónimas e poligonais, não podemos desprezar o chamamento desta, lembrando a necessária proteção e defesa dos direitos fundamentais⁷. A sociedade é uma comunidade viva que, marcada pela sua temporalidade e historicidade, decide os mecanismos (tidos por essenciais) para a sua proteção e regulação.

Desde os primórdios se apura que a comunidade humana é, sobretudo, uma teia de cuidados⁸ – o cuidado do “eu” para consigo mesmo, o cuidado dos “outros” para com tal “eu” e o cuidado do “eu” para com os “outros”. Deste modo, o cuidado enquanto categoria da matriz ontológica do “ser-aí-diferente”⁹ anuncia a necessidade da reciprocidade, da abertura e do constante estado de alerta. Uma comunidade juridicamente organizada tem de afirmar como baluarte essencial o cuidado. Aliás, este, entendido como alfa da comunidade, tem potencial para se intrometer no dia-a-dia desta, assumindo o papel de regulador (de eventuais novas situações tipo), dando expressão ao princípio da segurança (e a uma das suas premissas: o cuidado do Estado para com os cidadãos).

Partindo desta primeva relação, caminhamos rumo à sua expressão no ordenamento jurídico-penal português. Com efeito, compreendida a vulnerabilidade/fragilidade¹⁰ da

⁶ Ibidem, pp. 284-285.

⁷ Como lembra COSTA ANDRADE, “os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como valores ou fins que esta se propõe perseguir.” ANDRADE, Manuel da Costa, “Consenso e Oportunidade reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra, Almedina, 1995, 317-358, p. 332. Ver ainda COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, op. cit., p. 298.

⁸ Neste ponto, parafraseamos FARIA COSTA. A título de exemplo vide COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, op. cit., p. 319. Ver ainda DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 237.

⁹ Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, op. cit., pp. 319, 324 e 327.

¹⁰ Esta ideia de vulnerabilidade, “condição ontológica universal do ser humano”, tem de ser presenciada pela construção da ideia de pessoa para o direito. Frágil, incompleto, inseguro o ser-aí-diferente abre-se para (com) o “outro”, reconhecendo que essa vulnerabilidade detém uma “característica essencial diferenciadora, que [não raras vezes] justifica o reconhecimento de um grau diferente de capacidade e que fundamenta uma discriminação na graduação da capacidade jurídica, em função do domínio (potencial) da «ação comunicativa», como a cunhou Habermas”. Vide FERREIRA, Ana Elisabete, “A vulnerabilidade humana e a pessoa para o direito – breves notas”. RIDB, n.º 2, ano 3 (2014), 1023-1053, também disponível em <http://www.idb-fdul.com>, pp. 1024-1025 e ainda RENDTORFF, Jacob Dahl, “Basic Principles in Bioethics and Biolaw”, disponível em <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Bioe/BioeRend.htm>, consultado a 03.03.2016 e, também, Daniel SERRÃO,

pessoa velha, bem como a sua específica constatação nos articulados do Código Penal, procuramos retirar as primeiras conclusões reunindo as parcelas da equação: velhice, apelo ao outro e o papel do Direito.

Em boa verdade, esta nossa sociedade, que reclama a proteção da sua privacidade, vê-se forçada a seguir o ideal de Simone de Beauvoir¹¹ aclamando que o “pessoal é político”, abrindo de par e par as janelas do seu lar, último reduto da sua intimidade, ao Estado punitivo. Por conseguinte, a nossa coabitação (forçada?) com um número cada vez maior de casos em que a vítima é a pessoa idosa (aquela pessoa especialmente vulnerável) está realisticamente comprovada¹². Assim, a questão com toda a dureza dos fatos que a sustenta impõe-se: deverá o direito penal desempenhar aquele papel principal, desenhando um quadro específico? Enquadrar-se-á tal projeto na arquitetura deste edifício, com linhas demasiado definidas?

Desde logo, afigura-se imperioso mencionar que os comportamentos de violência contra a pessoa idosa são passíveis de configurar ilícitos penais (tendo, não raras vezes, o legislador consagrado agravações, edificadas nessa especial vulnerabilidade e fragilidade¹³). Contudo, adotando uma posição distinta de outros ordenamentos¹⁴, o nosso legislador não consagrou

“Vulnerabilidade: uma proposta ética”. Revista Autopoética. Sentir, Pensar e Agir, disponível em <http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=124>, consultado a 01.02.2015.

Ao invés de avançar com uma definição única e cristalizada de vulnerabilidade, propomos as presentes linhas orientadoras, capazes de fornecer o rumo a traçar – rumo, dizemos, por não ser nossa pretensão limitar, desde já, o respetivo fim. Desta forma, a noção de vulnerabilidade – emergente de um contexto evolutivo – se afirma (tal como o “ser-ai-diferente”) – um conceito aberto, ainda em construção.

¹¹ O pensamento de SIMONE DE BEAUVOIR, vertido no seu livro *O Segundo Sexo*, ecoa nas feministas radicais, constituindo o baluarte na luta contra a violência de género e contra o sistema patriarcal.

¹² Segundo um estudo preconizado por BARRA DA COSTA, os tipos de crime – praticados contra pessoas idosas –, com maior expressão, são os crimes contra as pessoas (83%). De entre destes, realça-se o crime de ofensas à integridade física – ver COSTA, José Martins Barra da, *Idoso e o Crime (Prevenção e Segurança)*. Lisboa, Edições Colibri, 2007, p. 55.

Dados semelhantes revelam os estudos da APAV (pessoas idosas vítimas de crime e de violência [2013-2015]). Todavia, estes autonomizam o crime de violência doméstica (que lidera com 80,97%) dos demais crimes contra as pessoas. – disponível em www.apav.pt/estatisticas, consultado a 01-10-2016.

¹³ A título de exemplo o crime de homicídio (art. 132.º, n.º 1 e n.º 2, c) do CP), exposição ou abandono (art. 138.º, n.º 3 CP), ofensa à integridade física (art. 132.º n.º 2, c) ex vi art. 145.º n.º 2), violência doméstica (art. 152.º, n.º 1, d) CP), de ameaça e de coação (art. 155.º, b), do CP), de sequestro (de acordo com o art. 158.º, n.º 2, e) do CP), de rapto (por força da remissão operada na alínea a), n.º 2, art. 161.º, do CP), de tráfico de pessoas (art. 160.º, n.º 1, c), CP), de lenocínio (art. 169.º, n.º 2, d), CP), de furto qualificado (art. 204.º, n.º 2, d), CP), de roubo (art. 210.º, n.º 2, b), CP), ou o especial caso do crime de burla qualificada que, nos termos do n.º 2, alínea c), art. 218.º, do CP.

¹⁴ Por exemplo o Brasil, demonstrando a sua atenção pela pessoa idosa, promulga o Estatuto do Idoso, em 2003 (Lei n.º 10.741, 1 de outubro de 2003). Em verdade, tal diploma traça um quadro completo de medidas

qualquer instrumento com natureza específica e diferenciada. Embora haja vozes que pregoem tal necessidade, sustentadas nas particularidades da pessoa idosa, enquadrando-a mesmo no designado grupo dos hipossuficientes (do qual também fazem parte as mulheres e os menores), a verdade é que urge percecionar se tais características e peculiaridades merecerão uma legislação capaz de compensar as insuficientes respostas das famílias, da comunidade e do Estado.

Reconhecendo a necessidade de, em muitos casos, haver uma ação diferenciada, certo é que não se pode, sem mais, reconduzir um qualquer idoso – só porque soprou sessenta e cinco velas – à categoria de pessoa particularmente indefesa. Em verdade, essa situação de particular fragilidade ou vulnerabilidade tem de resultar de características endógenas ou exógenas, analisadas no caso concreto. Caso contrário, estaríamos a criar situações desiguais, não admissíveis à luz da nossa ordem jurídico-constitucional, nem coadunadas com as diretrizes do nosso ordenamento jurídico.

Conscientes que esta ausência de quadro legal específico poderá desembocar em plúrimas lacunas e contradições, expressando “um certo autismo jurídico face à evolução demográfica e aos seus impactes sociais”¹⁵. Cientes que esta classe populacional tem enormes fragilidades económicas e políticas, perfazendo um fosso, por demais profundo, incapaz de fazer brotar medidas e instrumentos eficazes na proteção destas pessoas, entendemos que cabe à sociedade, na pessoa de cada um de nós – “idosos a termo” – assumir a defesa destes “concidadãos idosos, com base numa solidariedade intergeracional consciente e sem reservas”¹⁶.

protetoras, assim como de direitos que assistem ao cidadão-idoso – criando novos tipos legais que tutelam os seus direitos. À semelhança do Código Penal português, também o brasileiro (com as alterações introduzidas pelo Estatuto supra referenciado) fundamenta a agravação de muitos dos seus tipos legais fundamentais. Porém, tal ocorre pela circunstância da pessoa ser maior de sessenta anos, e não por ser uma pessoa particularmente indefesa (expressão associada à vulnerabilidade e fragilidade da vítima). Ver FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de, “Análise crítica da efetividade da tutela penal de interesses difusos no estatuto do idoso”. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anaais/cienciascriiminais/IV/05.pdf>, consultado a 02-01-2015.

¹⁵ Vide PERISTA, Heloísa, “Envelhecimento, um Direito em construção” in Comissão Executiva do Ano Internacional das Pessoas Idosas (AIPI) e Secretariado técnico, Actas do Seminário de Encerramento do Ano Internacional das Pessoas Idosas. Lisboa, Direção-Geral da Ação Social – Núcleo de Documentação técnica e Divulgação, 2001, 23-27, p. 27.

¹⁶ Cfr. HESPANA, Maria José Ferros, “Os Direitos dos idosos: da retórica à realidade”, in QUARESMA, Maria de Lurdes (et. al.), Envelhecer: Um direito em Construção: Actas de Seminário. Lisboa, CESIS – Centro de Estudos para a Intervenção Social, 2000, 89-96, p. 95.

Por todo o percurso efetivado, a exposição argumentativa impele-nos, sem demoras, a depositar e catalisar todos os fundamentos esboçados, numa derradeira averiguação: a legitimidade de uma tutela penal do velho. Ora, o “ser-á-diferente”, objeto do nosso estudo, é portador de uma vulnerabilidade específica e, apesar de alguns preceitos normativos imprimirem uma referência (*sui generis*, é certo, mas, indubitavelmente, uma referência) a pergunta a que nos propusemos *ab initio* responder é se tal seria adequada a assegurar a proteção dos bens jurídicos no caso em concreto afetos.

Alicerçados na teoria do bem jurídico, somos confrontados com as específicas circunstâncias nas quais aquele bem jurídico se encontra envolto. Por tal, apesar de termos um qualquer bem jurídico (vida, integridade física, liberdade, entre outros) na linha comum – aquela que, normalmente, visualizamos –, cumpre dar conta que paralelamente a esta segue (a par e passo) a linha do contexto no qual o mesmo se desenvolve, que, por mais leve que haja sido a sua interferência, sempre teve (tem) influência. Neste seguimento, será necessário esboçar, firmados no procedimento geral da política pública de regulação penal – depois de identificado o problema jurídico-penal e numa elaboração jurídico-argumentativa complexa verificada(s) a(s) vulnerabilidade(s) específica(s) – a construção de uma solução.

Neste ponto fulcral, acreditamos que a solução jurídico-penal mais justa advém da correta compreensão daquele bem jurídico e que para tal terá de ser tida em conta a realidade espaço-temporal na qual se encontra, mas também a específica envolvência. Conjugados diversos vetores, verificados distintos preceitos legais (coadjuvados pelas postulações constitucionais), cremos que o nosso ordenamento jurídico-penal não responde com sim pronto e livre de especulações ou malabarismos à necessidade (por nós identificada) de uma tutela penal a empregar à pessoa velha.

Na nossa ótica, a solução (a desenvolver) visaria de forma geral e abstrata a criação de uma cláusula geral, de valoração obrigatória. Bem, no essencial, pretendemos que qualquer que seja o bem jurídico, o aplicador de direito não encontre mais uma (mera) possibilidade, mas antes um dever – o dever de realizar a análise daquela circunstância, decidindo-se pela sua aplicabilidade (ou não). Assim, retirada à margem da total discricionariedade, perfilará sempre naquela discricionariedade aceite, inerente ao processo aplicativo – aquela que se

quer menor na sua expressão (é certo!), mas sempre necessária, por implícita à natureza humana.

Neste horizonte, esboçamos a postulação de uma circunstância modificativa comum (ou geral) agravante, isto é, uma circunstância aplicável à generalidade dos casos. Tal comportaria, in concreto, a eventual existência de um cenário de especial vulnerabilidade, em torno daquele concreto bem jurídico. Portanto, falamos da anteriormente referida linha paralela que, apesar de dissociável do bem jurídico, está, em boa verdade, com ele fortemente comprometida. Por tal, cremos que o contexto¹⁷ no qual aquele bem jurídico surge tem de ser tido em conta, sendo tal consideração, na nossa humilde opinião, *conditio sine qua non* para que seja alcançada a solução jurídico-penal mais justa. Nestas malhas, a análise dessas circunstâncias – como imposição intentada ao aplicador – é, *brevis causa*, a verificação do contexto inerente¹⁸ àquele substrato onde também está o bem jurídico. A verificação de tal

¹⁷ O Estado de direito encontra-se formalmente vinculado à proteção dos bens jurídicos tidos por essenciais e necessários para o desenvolvimento da pessoa humana. Desta ótica, importa capacitar a mesma de um olhar necessário para o contexto no qual se situa. Isolando esse contexto ao objeto que nos propusemos investigar, facilmente apreendemos que as linhas subsequentes terão por base um qualquer bem jurídico e, por contexto, a vulnerabilidade associada à idade avançada do “ser-ai-diferente”. Se o bem jurídico, na sua expressão, é o tradutor da consciência jurídico-penal dominante, num determinado tempo e espaço, a verdade é que também o contexto no qual se encontra inserido reveste suma importância. Veritas, nele e por ele aquele determinado interesse vê a sua proteção assegurada, plasmado num articulado (preceito normativo) ao qual o legislador só chegou por vislumbrar tal necessidade.

Assim, encarado o bem jurídico, cumpre apreender o contexto que o envolve, isto é, identificar, verificar e relevar o específico contexto. Deste modo, é, tal como nos delitos de acumulação como se fosse importante analisar toda a envolvência daquele específico ato, antes de uma qualquer pronúncia. Uma tal profecia, anterior a uma análise devidamente elaborada, poderá proporcionar a fraqueza da teoria e, quiçá, a sua ruína. Antevemos que a solução jurídico-penal admissível, a solução justa, capaz de corresponder aos desígnios de um verdadeiro Estado de Direito, passará pela análise ponderada de um tal contexto, onde pesarão múltiplas variáveis a que o nosso legislador não foi indiferente.

¹⁸ Para que franja de dúvida não reste, contexto inerente resulta de uma expressão mais lata: contexto inerente tendencialmente relevante. No essencial, visa traduzir a(s) vulnerabilidade(s) específica(s), normalmente associada(s) à pessoa idosa – o cenário de especial vulnerabilidade. Portanto, embora inerente, pois coabita e corrompe o espaço daquele concreto bem jurídico, poderá ser tendencial, isto é, carece de necessária valoração. Assim, apesar de percorrer uma linha paralela à do bem jurídico, carece de verificação no caso in concreto, a fim de se averiguar a sua contribuição para com o desfecho.

Com efeito, em rota de colisão com a solução brasileira (cláusula intrinsecamente conexada com a idade, de aplicação automática), propomos uma solução ancorada na fragilidade/vulnerabilidade (específica), seguindo a ótica do legislador português – “pessoa especialmente indefesa... em razão da idade”.

Destarte, apesar de ser um contexto inerente – que partilha espaço e, quiçá, rotas com o bem jurídico afetado, carecendo de obrigatoriedade de análise –, pode no caso sub iudice não conhecer aplicação (podendo ser apelidado de tendencial).

Por tudo, falamos de um contexto que exerce múltiplas interações com o bem jurídico. Deste modo, embora dele dissociável, está com ele fortemente comprometido, carecendo de uma análise concreta, sob pena de abalar os mais básicos princípios jurídico-penais e mesmo constitucionais.

contexto não poderá ser confundida com a possibilidade da sua consideração para efeitos de determinação da medida de pena, porque (apesar de possível) tal não corresponde, nem explana aquela força que achamos ser necessária para o caso sub iudice.

Cremos que uma qualquer solução resulta da junção de contributos, pelo que esta apresentação pretende ser a alavanca (aparentemente necessária) para a consideração da especificidade do cenário de especial vulnerabilidade que circunda um qualquer bem jurídico e o influencia.

Segundo alguns autores¹⁹, o século XXI pode designar-se como o século dos idosos. Deste modo, as preocupações da sociedade, dos Governos e dos juristas podem e devem ser outras. Embora todos vislumbrem o notório envelhecimento da população, e o clamem como um “fenómeno estrutural irreversível”²⁰, certo é que o novo paradigma de ação que se exige de todas as autoridades competentes ainda não foi executado e em alguns pontos do globo nem encontra expressão. Contudo, todos devemos acordar da utopia e entender as implicações práticas destas mudanças demográficas na economia, no âmbito familiar, social e laboral.

Paradoxalmente, enquanto este fenómeno emerge e avança a um ritmo alucinante²¹, Portugal continua a viver numa cultura de juventude²², que considera a pessoa com sessenta e cinco anos (ou mais) um idoso, uma pessoa de idade, um trapo, associada a tantas características como a fragilidade, a doença e a debilidade. Ora, na nossa opinião e sendo posição dominante que a sociedade, em cada momento, deve depreender os seus problemas

Em suma, cremos que a expressão lata contexto inerente tendencialmente relevante revela todas estas especificidades. Não esquecendo o cenário de especial vulnerabilidade (espectável, nas pessoas idosas) – e por isso inerente –, não menospreza a necessidade de análise ou a obrigatoriedade de verificação, não operando – pela utilização isolada do termo tendencial – a inferiorização do contexto.

¹⁹ Cfr. ALBUQUERQUE, António Joaquim, *A Violência sobre as pessoas idosas*. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Universidade de Coimbra, 2012, p. 13. Ver também MENDES, Andreia Joana Morris, *Direito ao envelhecimento: perspetiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos*. Dissertação de mestrado em Direito Judiciário. Universidade do Minho, 2012, p. 7.

²⁰ Atentar em ALBUQUERQUE, António Joaquim, *A Violência...*, op. cit., loc. cit.

²¹ Importa salientar que segundo o do Instituto Nacional de Estatística (INE), “entre 2010 e 2015, a proporção de jovens decresceu 1 p.p., de 15,1% para 14,1%, a proporção de pessoas em idade ativa reduziu-se também em 1 p.p., de 66,2% para 65,2%, e a percentagem de idosos aumentou 2 p.p., de 18,7% para 20,7%” – cfr. Estatísticas demográficas 2015, disponível em www.ine.pt. Ver ainda TOMÁS, Sérgio Tenreiro, “A violação dos Direitos Humanos e o papel do Direito Penal na proteção aos idosos”, *Advocatus*, fevereiro 2015, disponível em <http://www.advocatus.pt/opini%C3%A3o/11595-a-viol%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-e-o-papel-do-direito-penal-na-prote%C3%A7%C3%A3o-aos-idosos.html>, consultado a 01-03-2015.

²² Ver o Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições (Parecer 80/CNECV/2014, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, p. 2).

sociais, e dar especial importância aos tidos por legítimos, dignos de serem discutidos e, de certo modo, garantidos pelo Estado²³, esta questão, aqui objeto de estudo, deve perfilar-se numa das nossas primeiras linhas de ação, quer no âmbito político, quer no âmbito jurídico.

Apesar de reconhecermos que a violência contra idosos está ancorada em questões que suplantam a intervenção jurídico-penal (não bastando a mera intervenção legislativa), cremos que os juristas têm “um especial dever de fomentar tal transformação”²⁴, nesta comunidade marcada pela “globalização da indiferença”²⁵.

Num mundo que “pula e avança” a um ritmo vertiginoso, o jurista não pode ser aquele sujeito cego que teima distanciar-se da sua realidade social; não pode ser aquele ser surdo que resigna ao silêncio a voz desesperada de tantas vítimas, nem tão pouco um mero participante mudo incapaz de emitir a sua opinião. Pelo contrário, o jurista enquanto agente aglutinador das várias mundividências tem de verificar a dignidade e a necessidade das diversas questões, concluindo pela entrega ou não do traje jurídico.

²³ FERNANDES, Ana Alexandre, *Velhice e Sociedade: Demografia, Família e Políticas sociais em Portugal*. Oeiras, Celta Editora, 1997, p. 11.

²⁴ Expressão que consta de um texto gentilmente cedido por FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO.

²⁵ Expressão patente na mensagem do PAPA FRANCISCO para a Quaresma de 2015.

CONVENÇÃO DE ISTAMBUL, CRIMES SEXUAIS E CONSENTIMENTO: BREVES APONTAMENTOS

*Margarida Santos**

I. Considerações introdutórias

A Convenção de Istambul¹, especificamente ao nível do direito penal material, estabelece a obrigação de adoção de medidas que assegurem a criminalização dos atos de violência psicológica, física, sexual, perseguição, de casamento forçado, de mutilação genital feminina, aborto forçado e esterilização forçada e assédio sexual (art.ºs 33.º a 40.º da Convenção), devendo existir “sanções efetivas, proporcionais e dissuasoras, tendo em conta a sua gravidade” (art.º 45.º, n.º 1, da Convenção).

Com efeito, afigura-se relevante, desde logo, ter presente as finalidades da Convenção elencadas no art.º 1.º, nomeadamente, a proteção das mulheres contra todas as formas de violência (al. a), do n.º 1) e a contribuição para a eliminação contra todas as formas de discriminação contra as mulheres e promoção da igualdade entre homens e mulheres (al. b), do n.º 1).

A Convenção abrange todas as formas de violência contra as mulheres, incluindo a violência doméstica (art.º 2.º da Convenção), definindo-se, no art.º 3.º da Convenção, os conceitos de “Violência contra as mulheres”; “Violência doméstica”; “Género”; “Violência de género exercida contra as mulheres”; “Vítima” e “Mulheres”. Desde logo, a “violência contra as mulheres” é entendida como “uma violação dos direitos humanos e (...) [como] uma forma de discriminação contra as mulheres, abrangendo todos os atos de violência que resultem, ou possam resultar, em danos ou sofrimentos físicos, sexuais, psicológicos ou económicos para as mulheres, incluindo a ameaça de tais atos, a coação ou a privação arbitrária da liberdade,

* Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho

¹ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, designada por Convenção de Istambul, foi aprovada a 11 de maio de 2011, tendo sido ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de janeiro, e entrado em vigor a 1 de agosto de 2014.

tanto na vida pública como na vida privada” (art.º 3.º da Convenção), sendo que a “violência doméstica” inclui “todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem na família ou na unidade doméstica, ou entre cônjuges ou ex-cônjuges, ou entre companheiros ou ex-companheiros, quer o agressor coabite ou tenha coabitado, ou não, com a vítima”; o “género” atende “ aos papéis, aos comportamentos, às atividades e aos atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera serem adequados para mulheres e homens”; a “violência de género exercida contra as mulheres” designa “toda a violência dirigida contra a mulher por ser mulher ou que afeta desproporcionalmente as mulheres”².

Em sequência, verificaram-se relevantes alterações na legislação portuguesa, visando a adequação do ordenamento jurídico português à Convenção de Istambul³, e promovendo, no geral, uma adequada assimilação das injunções presentes na Convenção de Istambul⁴. Desde logo, no que toca às obrigações de incriminação, podemos assegurar que se verifica, no essencial, cumprida, desde logo, a garantia de criminalização dos fenómenos subjacentes à

² Nesta medida, a violência de género é compreendida enquanto violência contra as mulheres, pelo facto de as mulheres serem as principais vítimas – cf. o nosso “A Convenção de Istambul e a ‘violência de género’”: breves apontamentos à luz do ordenamento jurídico-penal português”, *Fides*, 16ª edição, nov., 2017, no prelo. Sobre a necessidade de entender a violência de género como um problema global, com uma base comum, ver Helena Grangeia/Margarida Santos, “Stalking by women: another side of gender violence”, in Sílvia Gomes e Vera Duarte (Org.), *Female Crime and Delinquency in Portugal: In and Out of the Criminal Justice System*, London, Plagrove Macmillan, 2018, no prelo. Aliás, como aí salientamos, “[e]sta perspetiva está na base, desde logo, de iniciativas da União Europeia que procuram apoiar e desenvolver respostas integradas para fazer frente à violência de género, como por exemplo, o estudo conduzido pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA, 2014) sobre Violência contra as Mulheres. Este estudo recolheu dados comparáveis entre os 28 países da União Europeia sobre a dimensão, natureza e consequências de várias formas de violência de género. Destaca-se ainda por adotar uma definição alargada de violência contra as mulheres (entendida neste âmbito como sinónimo de violência de género), o que permite recolher dados sobre formas de violência que tradicionalmente não são alvo de atenção, como o stalking e o assédio sexual, na linha do que é preconizado na Convenção de Istambul”.

Refira-se, ainda, que as Partes são encorajadas a aplicarem a Convenção também à violência doméstica cometida contra homens e crianças, cabendo aos legisladores nacionais a opção, ainda que devam dar particular enfoque à violência de género praticada sobre a mulher – com interesse ver o Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, a propósito do art.º 2.º (*Âmbito de aplicação da Convenção*).

³ Especificamente no que concerne ao direito penal substantivo, foram publicadas, desde logo, a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, e n.º 103/2015, de 24 de agosto (esta última não o refere explicitamente, mas podemos compreendê-la como inserida neste contexto - assim, ver também Cândido da Ágra (Coord.), Jorge Quintas, Pedro Sousa e André Lamas Leite, *Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais*, Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2015 p. 21, nota 5.

⁴ Cf. Margarida Santos, “Implicações da Convenção de Istambul para o ordenamento jurídico-penal português: algumas reflexões a propósito dos novos tipos legais de crime de mutilação genital feminina, casamento forçado e perseguição”, in *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, no prelo.

perseguição, à importunação sexual, ao casamento forçado e à mutilação genital feminina⁵. cremos, no entanto, entre outras questões que se poderiam suscitar, que, como de forma clara apontam Teresa Beleza e Frederico da Costa Pinto, “especiais considerações devem ser tomadas a propósito dos crimes de coação sexual (artigo 163.º do CP) e de violação (artigo 164.º do CP), atendendo às subtilezas hermenêuticas da formulação legal, como seja a problemática do conceito de ‘consentimento’ para efeitos de preenchimento do tipo incriminador e a valoração das formas típicas de constrangimento ...”⁶.

Com efeito, uma das problemáticas mais controversas no âmbito dos crimes sexuais prende-se, desde logo, com a questão de saber se os comportamentos subjacentes à coação sexual/violação pressupõem uma forma típica de constrangimento para a sua prática e se este constrangimento significa violência ou se se basta a falta de consentimento. Noutras palavras, num enquadramento mais amplo da questão, é o dissentimento/não consentimento suficiente para se considerarem preenchidos os meios típicos de constrangimento?

No âmbito deste trabalho, tecer-se-ão umas breves considerações a propósito do sentido e do alcance das alterações promovidas pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, nos crimes de coação sexual e de violação. Em especial, reflete-se sobre a problemática em torno do conceito de “consentimento” para efeitos de preenchimento do tipo incriminador, em linha com uma efetiva tutela da liberdade sexual, quer na sua vertente negativa, quer positiva, de acordo com a vontade livre das pessoas envolvidas⁷. Numa análise transversal, pretende-se enxergar se o legislador português absorveu o espírito (e as injunções presentes na Convenção de Istambul) neste âmbito.

⁵ Neste sentido, ver Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (Coord.), *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011: reflexos no ordenamento jurídico português*, Lisboa, CEDIS, 2017, disponível em <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/04/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Istambul-04.04.2017.pdf>, p. 5. Ver também Margarida Santos, “Implicações da Convenção de Istambul para o ordenamento jurídico-penal português: algumas reflexões a propósito dos novos tipos legais de crime de mutilação genital feminina, casamento forçado e perseguição”, in *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, no prelo.

⁶ Neste sentido, ver Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (Coord.), *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011: reflexos no ordenamento jurídico português*, Lisboa, CEDIS, 2017, disponível em <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/04/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Istambul-04.04.2017.pdf>, p. 5.

⁷ Ver Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 395.

II. A violência sexual e a falta de consentimento

Especificamente no que tange à violência sexual, o n.º 1, do art.º 36.º, da Convenção de Istambul (*Violência sexual, incluindo violação*), estatui que: “1. [a]s Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente: a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, *sem consentimento desta última*; b) Praticar outros atos de natureza sexual *não consentidos* com uma pessoa; c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual *não consentidos* com terceiro”, esclarecendo-se no n.º 2 que “[o] consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes” (itálico nosso).

Neste âmbito importa alcançar o espírito que presidiu à redação da Convenção de Istambul e que culminou na versão possível do artigo 36.º da Convenção no que diz respeito à falta de consentimento. Com efeito, parece poder extrair-se das injunções da Convenção que a prática de atos sexuais sem consentimento deve ser punível.

É certo que analisando-se por exemplo o Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, aí se refere, fazendo alusão à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que há ordenamentos jurídicos que pressupõem a interpretação de conceitos como “coerção”, “violência”, “coação”, “ameaça”, “estratagema”, “surpresa” no contexto de atos sexuais não consentidos, o que implica uma valoração (“sensível”) da prova que atenda às particulares especificidades do caso, apurando se a vítima deu o seu consentimento livre⁸. Ora, os legisladores da Convenção embora deixem às Partes a elaboração da arquitetura legal que

⁸ Cf. Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, no que concerne ao art.º 36.º, com a epígrafe *Violência sexual, incluindo violação*, parágrafo 191 e 192: “(...) The Court also noted as follows: “Regardless of the specific wording chosen by the legislature, in a number of countries the prosecution of non-consensual sexual acts in all circumstances is sought in practice by means of interpretation of the relevant statutory terms (“coercion”, “violence”, “duress”, “threat”, “ruse”, “surprise” or others) and through a context-sensitive assessment of the evidence” (§ 161); 192. Prosecution of this offence will require a context-sensitive assessment of the evidence in order to establish on a case-by-case basis whether the victim has freely consented to the sexual act performed. Such an assessment must recognise the wide range of behavioural responses to sexual violence and rape which victims exhibit and shall not be based on assumptions of typical behaviour in such situations. It is equally important to ensure that interpretations of rape legislation and the prosecution of rape cases are not influenced by gender stereotypes and myths about male and female sexuality”.

considerem adequada, nomeadamente no que concerne aos fatores impeditivos de um consentimento livre, sublinham que esta avaliação deve ser suficientemente *ampla e aberta* de forma a abranger as possíveis reações da vítima, e não apenas as baseadas em presunções de comportamentos típicos⁹. Numa palavra, parece poder extrair-se desta disposição que se o legislador nacional optar pela utilização de conceitos como o de “constrangimento” deve o mesmo ser entendido de forma ampla, de forma a abranger que os atos sexuais *não consentidos* devem estar cobertos pelo manto penal.

Esta problemática tem igualmente dividido a doutrina e a jurisprudência portuguesa.

Numa conceção mais restritiva, seguida por alguma jurisprudência¹⁰ e doutrina¹¹ exige-se que para além da falta de consentimento exista força física do agente, ou seja, interpreta-se o conceito legal de violência de forma restritiva.

⁹ Cf. Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, no que concerne ao art.º 36.º, com a epígrafe *Violência sexual, incluindo violação*, parágrafo 193: “193. In implementing this provision, Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses *the notion of lack of freely given consent* to any of the sexual acts listed in lit.a to lit.c. It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent. Paragraph 2 only specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances”.

¹⁰ Ver, apenas a título de exemplo, o paradigmático Acórdão de 13/4/2011, processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, relatado por Eduarda Lobo. No sumário do Acórdão pode ler-se que “I - O crime de Violação, previsto no artigo 164.º, n.º 1, do CP, é um crime de execução vinculada, i.é., tem de ser cometido por meio de violência, ameaça grave ou acto que coloque a vítima em estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir. II – O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em “violência”. III – A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva, inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto. IV – A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação”. Para um comentário a este acórdão ver Teresa Beleza, “A violência das coisas”, disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf> (última consulta a 15-11-2017). Ver também Maria Clara Sottomayor, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011”, *Revista do Ministério Público*, n.º 128, Out.-Dez. 2011, pp. 273 e ss. e Maria da Conceição Ferreira Cunha, “Conceito de violência no crime de violação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 3, Julho-Setembro de 2011, Coimbra Editora, pp 464 e ss.

¹¹ Cf. Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário ao art.º 163.º”, in Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 2.ª Edição, p. 724 e ss. Na esteira do Autor, revela-se necessário o exercício de um meio típico de coação para que se preencha o tipo incriminador, não bastando o ato ser contrário à vontade da vítima. Nas palavras do Autor (p. 725) “...não basta à realização do crime (...) a prática de actos sexuais de relevo com outra pessoa que **não revela qualquer vontade de os praticar** ou revela mesmo (v.g., verbalmente) uma qualquer **tendência contrária** a essa prática: é sempre necessário que se tenha verificado o constrangimento da vítima por violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”. Neste seguimento, entende o Autor (p. 726) que o meio típico de coação/violação será, antes de mais, a violência, que não deve ser entendida de forma ampla, englobando a “violência psíquica” e a “violência moral”. Nesta medida, “[c]omo «violência» para efeito do disposto no art. 163º-1 deverá apenas, por conseguinte, ser considerado o uso da forma física (como

De acordo com uma tese ampla, seguida por parte da jurisprudência e doutrina¹², basta uma ausência de consentimento para o preenchimento do tipo, onde o elemento objetivo do tipo estaria preenchido, desde logo, com a ausência de vontade, não sendo necessário o uso de violência adicional.

Olhando para o fenómeno subjacente aos crimes sexuais contra adultos estamos perante atos sexuais não desejados por uma das partes, que não conseguiu evitar esta prática, por diferentes razões. Como sintetiza Teresa Beleza, porque “... foi violentada, ameaçada, estava impossibilitada de reagir por inconsciência ... ou simplesmente por medo, uma circunstância comum na violação – casos em que uma mulher (tipicamente) sucumbe aos avanços indesejados de um homem (*idem*) por receio do que poderá acontecer se não ceder”¹³. Neste sentido, acompanhamos a interrogação da Autora: “Se assim é (...) não seria razoável atender a perspetiva de experiência de vida de muitas mulheres que invocam o receio de violência extrema ou a incapacidade psicológica de resistência, justamente porque o medo paralisa?”¹⁴

vis absoluta ou como *vis compulsiva*) destinada a vencer uma resistência oferecida ou esperada”. Realça o Autor (p. 726) que “[n]ão é necessário que a força usada deva qualificar-se de pesada ou grave, mas será em todo o caso indispensável que ela se considere idónea, *segundo as circunstâncias do caso* (...) a vencer a resistência efectiva ou esperada da vítima” (negrito e itálico do Autor).

¹² Cf. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Do Dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), *Combate à violência de género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 163 e da mesma Autora “Conceito de violência no crime de violação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 3, Julho-Setembro de 2011, Coimbra Editora, pp. 477 e 478. Ver também Maria Clara Sottomayor, “Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 80. Defendendo que há violência sempre que o ato é praticado contra ou sem a vontade da vítima, ver Maria Clara Sottomayor, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011”, *Revista do Ministério Público*, nº 128, Out.-Dez. 2011. Ver também, entre outras obras, a propósito do acórdão citado na nota 10, Teresa Beleza, “A violência das coisas”, disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf> (última consulta a 15-11-2017): “A nossa Justiça tem ideias muito estranhas sobre o que seja violência. Pelos vistos, esta matéria de facto indicia sexo consensual, não forçado. Pensava eu que o cerne da violação era forçar alguém a ter relações contra a sua vontade, *forçando-a* ou *constrangendo-a*, por violência ou ameaça, ou aproveitando a sua vulnerabilidade. Mas o Tribunal da Relação do Porto tem uma ideia diferente: a violação verdadeira implica sangue, tiros, gritos lancinantes e uma luta corpo a corpo. Como nas séries de televisão, que certamente os juízes andam a ver em excesso. (itálico da Autora).

¹³ Cf. Teresa Beleza, “«Consent – It’s as simple as tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 23.

¹⁴ Cf. Teresa Beleza, “«Consent – It’s as simple as tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 25. Como também de forma clara expõe Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Conceito de violência no crime de violação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 3, Julho-Setembro de 2011, Coimbra Editora, pp. 477 e 478: “[p]ara além das situações em que a vítima fica paralisada pelo medo, pelo pânico, pode ainda a vítima ter

III. As alterações promovidas pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto no crime de Coação sexual e de Violação – breves apontamentos críticos

Ora, com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, o legislador português alterou os n.ºs 2 do art.ºs 163.º (*Coacção sexual*)¹⁵ e 164.º (*Violação*)¹⁶, passando a dispor-se, respetivamente, que : “[q]uem, por meio não compreendido no número anterior [por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir], constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos” e que “[q]uem, por meio não compreendido no número anterior [por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa], constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos”.

consciência dos riscos acrescidos de uma tentativa de resistência pela força, dada a profunda desigualdade de “armas” (força física) entre a vítima e o agressor ou pode até ficar imediatamente “neutralizada” (ou quase neutralizada) face à força empregue pelo agente ...”

¹⁵ A versão anterior dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, dizia o seguinte: “[q]uem, por meio não compreendido no número anterior e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até dois anos”

¹⁶ A versão anterior dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, dizia o seguinte: “[q]uem, por meio não compreendido no número anterior e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão até três anos”.

Importa, pois, tecer um olhar crítico sobre estas alterações legislativas nos crimes de coação sexual e de violação¹⁷, “o **núcleo** da protecção da liberdade sexual”¹⁸.

Parece-nos que está aqui em causa o constrangimento de outrem por meio diferente dos contemplados no n.º 1 do art.º 163.º ou 164.º, do CP: “violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, (...) ter tornado inconsciente [a pessoa] ou posto na impossibilidade de resistir”. Noutras palavras, está aqui em causa, no n.º 2 do art.º 163.º ou 164.º, “uma modalidade de coação sexual/violação que dispensa os meios típicos de constrangimento”¹⁹. Nesta medida, verifica-se um alargamento da incriminação a outras modalidades de comportamento, sendo que estes crimes (do n.º 2), antes específicos, passaram a ser comuns. Assistiu-se igualmente a uma elevação das molduras legais.

Ora, como sintetizam Teresa Beleza e Frederico da Costa Pinto o legislador “procedeu a uma desejável alteração legal ao concretizar o alargamento do âmbito de incidência dos tipos incriminadores, resolvendo um problema de aplicabilidade normativa, e conformando-se com a obrigação resultante do Artigo 36.º da Convenção de Istambul”²⁰.

Podemos já adiantar que embora o legislador tenha procedido a uma dissipação de algumas das dúvidas de interpretação existentes, alargando, desde logo, o âmbito de incidência dos tipos incriminadores, entendemos, no entanto, que a letra da lei revela-se

¹⁷ Para uma análise das principais alterações ocorridas em 2015 no âmbito em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, ver André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, *Julgar*, n.º 28, 2016. Ver também Teresa Beleza, “«Consent – It’s as simple as tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, e Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Do Dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), *Combate à violência de género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2016.

¹⁸ Cf. Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário ao art.º 163.º”, in Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 2.ª Edição, p. 716 (negrito do Autor).

¹⁹ Cf. Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (Coord.), *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011: reflexos no ordenamento jurídico português*, Lisboa, CEDIS, 2017, disponível em <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/04/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Istambul-04.04.2017.pdf>, p. 63. No fundo, como salientam os Autores, os meios típicos previstos no n.º 1 traduzem-se em circunstâncias agravantes da moldura (p. 65).

²⁰ Cf. Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (Coord.), *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011: reflexos no ordenamento jurídico português*, Lisboa, CEDIS, 2017, disponível em <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/04/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Istambul-04.04.2017.pdf>, p. 66.

ambígua, deixando questões em aberto, desde logo, no que toca à interpretação do conceito de “constrangimento”, que pode ser compreendido com recurso à “força”, a um “estratagema”, cabendo depois à prática judiciária a interpretação (adequada). Ora, seguindo a orientação dos legisladores da Convenção de Istambul, esta avaliação casuística deve assentar num entendimento suficientemente *amplo* de forma a abranger (todas!) as possíveis reações da vítima²¹. Nesta medida, cremos que o espírito e as injunções constantes no art.º 36.º da Convenção de Istambul, na linha do entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²², poderiam ter levado o legislador nacional a uma maior clarificação, no sentido de que fosse suficiente a ausência de consentimento para o preenchimento do tipo, ou seja para o acolhimento de uma tese ampla. Assim se implementaria uma interpretação adequada (e uniforme?) na prática judiciária, que ia ao encontro de uma consistente proteção do bem jurídico protegido.

Na verdade, cremos que a formulação legal, nomeadamente a utilização do conceito de constrangimento (que pode ser entendido com recurso à força), como nitidamente adverte Maria Clara Sottomayor, “não exprime com clareza a orientação da Convenção de Istambul, segundo a qual todos os atos sexuais não consentidos devem estar abrangidos pela norma penal”²³. Da mesma forma Teresa Beleza refere que a atual formulação legal “... sugere que a verdadeira violação é a conseguida por meio de violação ou ameaça. Se outra forma de constrangimento tiver lugar, tratar-se-á de um caso atenuado, mas ainda assim será necessário demonstrar que houve constrangimento”²⁴. E acrescenta: “Se isto significa «contra

²¹ Cf. o Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, no que concerne ao art.º 36.º.

²² A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem considerado que o uso ou ameaça de uso de violência não são elementos constitutivos do crime de violação, mas sim o não consentimento, que não tem de ser expresso por resistência física, bastando palavras ou gestos - ver *M.C. v. Bulgária*, de 4/12/2003, queixa n.º 39272/98, disponível em https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp (última consulta a 15-11-2017). Ver também a Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre a proteção das mulheres contra a violência, na qual se aponta que os Estados criminalizem “qualquer ato de caráter sexual cometido contra uma pessoa sem o seu consentimento, mesmo que esta não dê sinais de resistência”.

²³ Maria Clara Sottomayor, “Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 80.

²⁴ Cf. Teresa Beleza, “«Consent – It’s as simple as tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, pp. 24/25.

vontade» («sem consentimento» é a expressão usada na lei na definição de violação de domicílio), então o avanço é muito significativo”²⁵. Não obstante, deixa a Autora transparecer que eventualmente pode a jurisprudência seguir o entendimento de que não se afigura suficiente a prova da falta de vontade da vítima “...dada a imagem ainda dominante de «verdadeira violação» (...) como um ato de violência «acrescida» praticado por um estranho numa rua escura com resistência física ativa e intensa da vítima”²⁶.

Há quem entenda, no entanto, como Conceição Cunha, que o legislador procedeu a uma “clarificação revolucionária”, não tendo esta clarificação ficado “por uma *via mezzo*”, entendendo que no n.º 2 do art.º 163.º e 164.º do CP estão incluídos “os casos de dissentimento/não consentimento e os casos de «consentimento» não livre, mas viciado por pressões que não atinjam o grau de «ameaça grave»”²⁷.

Com efeito, não parece que o legislador português tenha seguido este caminho pois se assim fosse, como sintetizam Teresa Beleza e Frederico da Costa Pinto, “não necessitaria [o legislador] de criar um número autónomo a dispensar a violência física, porquanto tais situações estariam já integradas nos números 1 dos artigos”²⁸. Neste sentido, “parece que o legislador mantém todas as exigências para o preenchimento da modalidade do crime estabelecida no número 1, oferecendo uma válvula de segurança ao aplicador do direito no número 2, para o caso de ele adotar uma conceção restritiva que o impeça de incluir no número 1 as situações que hoje se podem expressamente subsumir no número 2.”²⁹.

²⁵*Idem, ibidem.*

²⁶*Idem, ibidem.*

²⁷ Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Do Dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), *Combate à violência de género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 163. Maria Clara Sottomayor subscreve confessadamente esta interpretação, entendendo ser como a mais consentânea com a Constituição (art.º 25.º e 26.º) e com a Convenção de Istambul (art.º 36.º) e a que vai de encontro à melhor tutela dos bens jurídicos em causa. Alerta, no entanto, para “o risco” de não ser a posição seguida pela praxis judiciária – cf. Maria Clara Sottomayor, “Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 80.

²⁸ Cf. Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (Coord.), *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011: reflexos no ordenamento jurídico português*, Lisboa, CEDIS, 2017, disponível em <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/04/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Istambul-04.04.2017.pdf>, p. 63.

²⁹*Idem, ibidem.*

Para que a lei portuguesa fosse mais clara, e assim evitando dúvidas desde logo na jurisprudência, para uma efetiva proteção da liberdade sexual seria pois preferível que o legislador tivesse utilizado uma formulação legal mais clara no sentido de ser suficiente o não consentimento para que esteja preenchido o crime de coação/violação.

Uma solução poderia ser, por exemplo, a sugerida pela Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, de acordo com a qual eram abrangidas as situações de ausência de consentimento livre e expresso³⁰. Neste sentido vai Maria Clara Sottomayor³¹.

Também a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) “...considera(...) premente clarificar na lei penal que o não consentimento não depende da manifestação de resistência física por parte da vítima, para assim combater a desproteção na prática atualmente existente. (...) tornar claro que o não consentimento basta para a verificação do crime, passando o exercício de violência, ameaça grave ou utilização de meios para conduzir a estado inconsciente ou de impossibilidade de resistir a constituir formas de agravação da pena”³².

Teresa Beleza e Frederico da Costa Pinto entendem que seria preferível que o crime não tivesse formas de execução típicas, em vez de se fazer coincidir a noção de violência com a ausência de consentimento³³. Assim, propugnam que “uma correta valoração jurídico-constitucional determina que basta o dissentimento para a prática de ato sexual de relevo para que se preencha o tipo incriminadores de coação sexual ou violação”³⁴. Ou seja, “... o tipo deve estar preenchido sempre que sejam praticados atos sexuais de relevo contra a vontade da vítima, traduzidos no seu constrangimento com ou sem meios típicos”³⁵.

³⁰ “Quem sem o consentimento livre e expresso de outra pessoa...” – quer para a Violação, quer para a coação sexual – cf. Parecer da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas sobre os Projetos de Lei nºs 661/XII, 664/XII e 665/XII, disponível em https://www.apmj.pt/images/PDF/pareceres/Violacao_%20Coacao_e_Assedio.pdf (última consulta a 15-11-2017).

³¹ Maria Clara Sottomayor, “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a reforma de 1977”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume I, Direito da família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 154 e 155.

³² Cf. Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, disponível em http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_d_e_Istambul.pdf (última consulta a 15-11-2017), p. 11 e ss.

³³ Cf. Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (Coord.), *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011: reflexos no ordenamento jurídico português*, Lisboa, CEDIS, 2017, disponível em <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/04/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Istambul-04.04.2017.pdf>, p. 65.

³⁴ *Idem, ibidem*.

³⁵ *Idem, ibidem*.

IV. Conclusão

Com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, o legislador português alterou o crime de coação sexual e violação, modificando o n.º 2 dos art.ºs 163.º e 164.º.

Nesta medida, verifica-se um alargamento da incriminação a outras modalidades de comportamento, sendo que estes crimes (do n.º 2), antes específicos, passaram a ser comuns. Assistiu-se igualmente a uma elevação das molduras legais

Embora o legislador tenha procedido a uma redução de algumas das incertezas de interpretação existentes, alargando, desde logo, o âmbito de incidência dos tipos incriminadores, entendemos, no entanto, que a letra da lei revela-se ambígua, deixando dúvidas, desde logo, no âmbito da interpretação do conceito de “constrangimento”, que pode ser compreendido de diferentes formas e amplitudes, dando azo a interpretações oscilantes na prática judiciária.

Nesta medida, cremos que o espírito e as injunções constantes no art.º 36.º da Convenção de Istambul, na linha do entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, poderiam ter levado o legislador nacional a escolher uma arquitetura legal mais clara, no sentido de que fosse suficiente a ausência de consentimento para o preenchimento do tipo, ou seja para o acolhimento de uma tese ampla. Assim se fomentava uma interpretação adequada (e uniforme?) na prática judiciária, que ia ao encontro de uma efetiva proteção da liberdade sexual.

Com esta alteração, na mira de adaptação do ordenamento jurídico à Convenção de Istambul, que foi alcançada, o legislador procedeu a uma clarificação legal, mas não acabou, segundo cremos, com a “equivocidade imanente a esta incriminação desde os seus primórdios”³⁶. Houve uma contenção legislativa que não dissipou as dúvidas, dará azo as divergências interpretativas, e não agarrou com consistência o espírito da Convenção de Istambul.

³⁶ A Expressão é de Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário ao art.º 163.º”, in Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 2.º Edição, p. 724 e ss, a propósito da revisão de 2007 no âmbito destes crimes sexuais.

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos

Escola de Direito

Universidade do Minho

2017



Universidade do Minho
Escola de Direito

FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

Título: Novos desafios em torno da proteção da vítima - uma perspetiva multidisciplinar

Edição: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII)

Coordenação: Margarida Santos | Helena Grangeia

Apoio: Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM)

Data: Dezembro 2017

ISBN: 978-989-97492-9-0

